<36634237550018

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Das

Deutsche Civilprozeßrecht.

Von

Dr. Wilhelm Endemann,
Professor der Rechte und Oberappellationsgerichtsrath zu Jena.

Erste Abtheilung.

Heidelberg.
Verlag von Bangel & Schmitt.
1868.

Das

Deutsche Civilprozeßrecht.

Von

Dr. Wilhelm Endemann,
Professor der Rechte und Oberappellationsgerichtsrath zu Jena.

Heidelberg.
Verlag von Bangel & Schmitt.
1868.

Vorrede.

Den nächsten Anlaß zu der Herausgabe vorliegender Darstellung, deren Stoff indessen zu einem nicht geringen Theil aus früheren Studien erwachsen ist, hat das Bedürfniß gegeben, für den freien Vortrag der Prozeßlehre im Hörsaal eine erwünschte Grundlage zu erlangen. Ehemalige Schüler werden leicht den Plan und die Ansichten der Civilprozeßvorlesung, wenn auch in entsprechend erweiterter und ausgearbeiteter Form, wiedererkennen.

Für den Entschluß, als er gefaßt wurde, war vor allen Dingen die Erfahrung maßgebend, daß das um die Wissenschaft hochverdiente und für eine dogmengeschichtliche Begründung vielfach zuerst Bahn brechende Werk Wetzell's kaum geeignet sein kann, Lernenden den Ueberblick über das Ganze des Prozesses und die Einsicht in dessen innere Struktur zu eröffnen. Dazu kam eine unleugbare Verschiedenheit solcher, wenn auch zunächst auf anderen Gebieten gelegener, Anschauungen, von denen die Behandlung der Rechtswissenschaft, insonderheit des Civilprozesses, auf das Wesentlichste beeinflußt wird. Gerade aus dieser Verschiedenheit, welche dem vergleichenden Leser an vielen Stellen zu deutlich hervortreten wird, als daß sie nähere Schilderung erheischte, durfte die Berechtigung geschöpft werden, die Grundsätze der Prozedur von einem mit der bisherigen Behandlungsweise mannigfach nicht übereinstimmenden Standpunkte aus zu entwickeln.

Nicht minder habe ich geglaubt, daß neben dem neuerdings erschienenen Werke Renaud's, dessen Verdienste, namentlich um die Berücksichtigung der neuesten Gesetzgebungen, Niemand bereit=

williger anerkennen kann, als ich, noch ein Platz für eine Bearbeitung in dem Sinne, wie sie hier versucht wird, übrig gelassen sei.

Inmittelst ist seit dem Erscheinen der ersten Abtheilung die erfreuliche Aussicht gewonnen worden, an Stelle des bisher fast nur noch in abstrakt-wissenschaftlichem Bilde existirenden gemeinen Prozesses das bürgerliche Verfahren in dem Norddeutschen Bundesstaat auf eine reale politische Basis gesetzt zu sehen. Weit entfernt, in der demnächst zu erwartenden Kodifikation eine Störung des bereits in den Beginn seiner Ausführung getretenen Planes zu erblicken, scheint mir der Versuch, noch einmal den Bestand der gemeinen Lehre zusammenzufassen und mit der historischen Begründung desselben aus der Vergangenheit auf die Entwicklung der Zukunft hinzuweisen, um so berechtigter. Die gemeine Wissenschaft wird durch die neue Prozeßordnung nicht überflüssig werden, wenn anders eine glückliche Entwicklung der deutschen Rechtspflege beschieden ist. Kein Einsichtiger kann die Heilung der Schäden, an denen das bürgerliche Verfahren so überreich ist, und die Herstellung einer Rechtseinheit, wie sie Angesichts der unglaublich großen Differenzen der Partikular- und Provinzialrechte zur höchsten Nothwendigkeit geworden ist, nur von Hunderten von Gesetzesartikeln und deren technisch-juridischer Auslegung erwarten. Hoffen wir vielmehr, daß die Gesetzgebung begreift, daß ihre Hauptaufgabe in der Beseitigung der ererbten Mängel und Hindernisse einer einfachen Rechtsübung, in der Abschaffung der unnützen Formen, und der schädlichen Verdrehungen, welche heut' zu Tage nur Wenige noch als Blüthen des juristischen Geistes zu bewundern im Stande sind, besteht. Was sie positiv Neues zu schaffen hat, ist nicht die Einschnürung der Richter, der Parteien und Rechtsbeistände in eine Unsumme kasuistischer Regeln, sondern lediglich die Aufstellung leitender Prinzien, an deren Hand sich eine freie Bewegung der Kräfte entfaltet und eine selbstdenkende, ihres Berufs der Theilnahme an der Rechtsentwicklung bewußte Rechtspflege groß zieht. Hoffen wir ferner, daß die Wissenschaft und die Praxis demnächst bemüht sein werden, anstatt der alten Künste schematistischer Interpretation in die Seele des

oft so mythischen „Gesetzgebers" hinein der vollen Wahrheit der, selbst den Gesetzgeber beherrschenden, lebendigen Rechtsideen in's Angesicht zu schauen. Das ist nur möglich, wenn die Erkenntniß waltet, daß es ein Irrthum ist, jemals mit irgend einer Legislation die Brücke mit der Vergangenheit völlig abbrechen zu wollen.

Die gemeine Lehre des Prozesses zeigt, wenn auch langsam, viel zu langsam für die Anforderungen des praktischen Lebens, einen stetigen, gesunden Fortschritt auf der Bahn geistiger Befreiung. Geschichtliches Studium und die Vergleichung mit Rechtszuständen solcher Länder, die, auf die Masse ihrer neueren und neuesten Gesetze gestützt, häufig auf die gemeinrechtliche Rechtspflege mitleidig herabzusehen pflegten, lehren gleicherweise, wo die treibende Kraft der Rechtsentwicklung zu finden ist. Möge sie auch in Zukunft benutzt und nicht von einem trockenen Formalismus verschlungen werden, welcher, so oft er sich auch mit dem Namen der Wissenschaftlichkeit aufputzt, Nichts ist, als die Fortsetzung einer von der echten Wissenschaft nothwendig abzustreifenden geistigen Unfreiheit.

Weiter die hier eingeschlagene Richtung zu bezeichnen, möchte überflüssig erscheinen. In § 15 sind darüber einige Andeutungen gegeben. Nur das Eine möchte ich gegen den nicht ungewöhnlichen Vorwurf, daß „das doch zu weit gehe", wie ihn ein Theil der Theoretiker, und der „rein theoretischen Konsequenz", wie ihn ein Theil der Praktiker gern erhebt, vorbeugend erklären: so selbstverständlich es ist, in der praktischen Handhabung nach dem bestehenden positiven Recht zu verfahren, sich den herrschenden Ansichten zu beugen, oft und viel von den abstrakten Idealen nachlassen zu müssen: in der wissenschaftlichen Erkenntniß der Wahrheit und deren Durchführung gibt es keine Schranke, keine Furcht, in die Autoritätsbegriffe der Schule einzuschneiden. Der Berichtigung und Widerlegung ausgesetzt und, wo überzeugende Gründe vorliegen, sicher zugänglich, glaubt diese Arbeit schon dann sich einigen Nutzen versprechen zu dürfen, wenn sie durch die von ihr versuchte Methode wenigstens zu einer erneuerten und möglichst unabhängigen Kritik der Prozeßinstitutionen anregt. —

In Bezug auf die äußere Erscheinung des Buches muß ich um Nachsicht bitten, wenn bei der Revision des Druckes manche Fehler übersehen worden sind. Längere Abwesenheit während des vorjährigen Reichtags und nun seit mehreren Monaten bei den Berathungen des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bundesstaat machte es unmöglich, diesem Geschäfte volle Zeit und Sorgfalt zuzuwenden. Es blieb Nichts übrig, als die gütige Mitwirkung eines jüngeren Freundes in Anspruch zu nehmen und die nöthigsten Berichtigungen in dem am Schlusse vorfindlichen Verzeichniß zusammenzustellen.

Für den Gebrauch der in den Anmerkungen enthaltenen Citate verweise ich auf den Nachweis der Abkürzungen S. XX.

Berlin, im März 1868.

W. Endemann.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Erstes Buch.

Das Gericht.

Zweites Buch.

Die Parteien.

Drittes Buch.

Das Verfahren.

I. Theil.

Das Verfahren im ordentlichen Prozeß.

Abschnitt 1.

Allgemeine Grundsätze.

1. Kapitel.

Der Karakter des Prozesses im Ganzen.

2. Kapitel.

Die Thätigkeit der Parteien.

4. Kapitel.

Der Inhalt des Prozesses und seine Behandlung.

Abschnitt 2.

Das erste oder vorbereitende Verfahren.

Abschnitt. 3.

Das Beweisverfahren.

1. Kapitel.

Begriff und Grundlagen des Beweises.

2. Kapitel.

Die Beweislehre.

3. Kapitel.

Das Beweisverfahren.

Abschnitt. 4.

Die Rechtsmittel.

Abschnitt 5.
Exekution.

II. Theil.
Das Verfahren in summarischen Prozessen.

III. Theil.

Der Konkursprozeß.

Verzeichniß

derjenigen Bücher, welche häufiger und nicht blos bei einzelnen Materien anstatt unter ihrem vollen, in den Klammern bezeichneten Titel nur unter dem Namen des Autors oder unter den nachfolgend bemerkten Abkürzungen citirt worden sind.

(Die beigefügten Seitenzahlen weisen auf die Stelle hin, an welchen die betr. Werke in der Literaturübersicht sich erwähnt finden.)

Arch. f. c. Pr. (Archiv für civilistische Praxis). S. 35.

Arch. f. pr. R.W. (Archiv für praktische Rechtswissenschaft). S. 35.

Bayer, ohne weitere Bezeichnung, oder Vortr. (Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, 9. Aufl.). S. 34.

—, summ. Proz. (Theorie der summarischen Prozesse); in dem Abschnitt der summ. Proz. (§ 260 ffl.) ohne weitere Bezeichnung.

—, Konk.-Proz. (Theorie des Konkurs-Prozesses); in dem Abschnitt des Konk.-Proz. (§ 282 fil.) ohne weitere Bezeichnung.

Bethmann-Hollweg, ohne Bezeichnung, oder Civ.-Proz., oder C.Pr. **I. II. III.** (Der Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung). S. 20. 21.

—, Hdb. (Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden röm. Reichs). S. 21.

—, Vers. (Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses).

Bluntschli, allg. St.R. (Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl.).

Bonaguida, ohne weitere Bezeichnung (**summa sup. off. advoc. in Wunderlich, anecdota**).

Briegleb, summ- Proz. (Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse).

—, Ex.-Proz. (über exekutorische Urkunden und Exekutiv-Prozeß).

Brunnemann, tr. jur. (tractatus juridicus de processu fori etc. ed. V). S. 31.

Buchka, Einfl. (Die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß).

Bulgarus. ohne weitere Bezeichnung (**Summa in Wunderlich, anecdota**). S. 25.

Carpzov, proc. jur. oder **p. j. (processus juris in foro Saxon)**. S.

Claproth, ohne Bezeichnung od. ord. Proz. (Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß). S. 31.

—, summ. Proz. (Einleitung in sämmtl. summar. Prozesse).

Damasus, ohne weitere Bezeichnung (summa de ord. jud. in Wunderlich, anecdota). S. 25.

Danz, ohne weitere Bezeichnung oder ord. Proz. (Grundsätze des ordentl. Prozesses, 5. Ausg.) S. 31.

—, summ. Proz. (Grundsätze der summar. Prozesse, 3. Ausg.).

Durantis, Durant., Dur. ohne weitere Bezeichnung (Speculum juris cum add. J. Andreae, Baldi etc.). S. 25.

Endemann, H.R. (das deutsche Handelsrecht, 2. Aufl.)

—, Beweisl. (die Beweislehre des Civilprozesses, 1860).

—, nat. Ans. (nationalökonomische Ansichten der kanon. Schule, 1863).

Fuchs, im Abschnitt § 282 ffl. ohne weitere Bezeichnung (Beiträge zum Civilprozeß, Hft. 2: das Confursverfahren).

Gaill. ohne weitere Bezeichnung oder obs. (practicarum observationum etc. libri duo; 1616). S. 29.

Glück, ohne weitere Bezeichnung oder Kom. (Ausführl. Erläuterung der Pandekten).

Gneist, Selfgov. (Geschichte und heutige Gestalt der engl. Communalverfassung oder das Selfgovernment; 2. Aufl.). S. 41.

—, Aemt. oder Verw.-R. (das englische Verwaltungsrecht; 2. Aufl.) S. 41.

Gönner, ohne weitere Bezeichnung oder Hdb. (Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses, 2. Aufl.).

Gratia, ohne weitere Bezeichnung (de judiciar. ord. ed. Bergmann).

Heffter, ohne weitere Bezeichnung (System des röm. u. teutschen Prozeßrechts). S. 34.

—, Inst. (Institutionen des röm. u. teutschen Civilprozesses). S. 34.

Jahrb. f. g. d. R. (Jahrbuch für gemeines deutsches Recht von Bekker u. Muther).

Jhering, Geist (Geist des röm. Rechts, 2. Aufl.).

Keller, ohne weitere Bezeichnung oder röm. C. Pr. (der röm. Civilprozeß, 2. Aufl.). S. 21.

König, Chil., ohne weitere Bezeichnung (Prozeß und Practica). S. 30.

Lanfranc. de Orian. (Lanfrancus do Oriano practica judiciaria). S. 26.

Langenbeck, (Beweisf.) Die Beweisführung in bürg. Rechtsstreitigkeiten, 1861.

Linde, ohne weitere Bezeichnung (Lehrbuch des gem. deutsch. Civilproz.). S. 34.

—, Hdb. (Handbuch des deutsch. bürg. Prozesses). S. 34.

Maranta, ohne weitere Bezeichnung (tractatus de ordine jud. s. praxis aurea). S. 26.

Martin, ohne weitere Bezeichnung (Lehrbuch des deutsch. gem. bürg. Prozesses). S. 34.

Martin, Vorl. (Vorlesungen über die Theorie des deutsch. gem. bürg. Prozesses). S. 34.
Mynsinger, obs. (singularum observationem cent. VI). S. 29.
Osterloh, ohne weitere Bezeichnung (Lehrbuch des gem. deutsch. ordentl. Civilprozesses). S. 34.
Pillius, ohne weitere Bezeichnung oder **ord. jud. (de ordine judiciorum ed. Bergmann).** S. 25.
Planck, Mehrh. (die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, 1844).
—, Beweisurth. (die Lehre von dem Beweisurtheil, 1848).
Puchta, Kurs. oder Inst. (Kursus der Institutionen). S. 21.
—, P. (Pandekten).
Renaud, ohne weitere Bezeichnung (Lehrb. des gem. deutsch. Civilprozeßrechts. Ordentl. Proz.). S. 34.
Rudorff, ohne weitere Bezeichnung oder R. R.G. (römische Rechtsgeschichte). S. 21.
Rüttimann, engl. C.Pr. (der engl. Civilprozeß). S. 41.
Savigny, ohne weitere Bezeichnung oder Syst. (System des heut. röm. Rechts).
—, Gesch. (Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter). S. 24.
—, Bes. (das Recht des Besitzes).
Scacc. de jud. (Scaccia, tractatus de judiciis causarum civilium etc.).
Schäffner, ohne weitere Bezeichnung oder Gesch. (Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs) S. 41.
Schmid, ohne weitere Bezeichnung (Handbuch des gem. deutsch. Civilprozesses). S. 34.
Seuffert, ohne weitere Bezeichnung oder Arch. (Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte). S. 33.
Sintenis, ohne weitere Bezeichnung oder Civ.R. (das praktische gemeine Civilrecht).
Stobbe, Gesch. d. d. R.Q. (Geschichte der deutschen Rechtsquellen). S. 26.
Tancred. (de ord. judiciorum ed. Bergmann). S. 25.
Vangerow, ohne weitere Bezeichnung oder Pand. (Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.)
Walter, d. R.G. (deutsche Rechtsgeschichte). S. 27.
Wetzell, ohne weitere Bezeichnung (System des ordentl. Civilprozesses). S. 34.
Windscheid, Pand. (Lehrbuch des Pandektenrechts).
Zachariä, d. StR. (deutsches Staatsrecht, 3. Aufl.).
Z. oder Zeitschr. f. d. R. (für deutsches Recht v. Reyscher u. Wilda).
—, f. C.R. u. Pr. (für Civilrecht u. Prozeß, von Linde u. A.) S. 35.
—, f. R.G. (für Rechtsgeschichte, von Böhlau).

Wo sich in den Citaten neben einer Paragraphenzahl eine durch Komma davon getrennte weitere Zahl vorfindet, weist die letztere stets auf die Noten oder Anmerkungen hin; wogegen Citate auf Seitenzahlen lautend stets mit S. bezeichnet worden sind.

Das Deutsche Civilprozeßrecht.

Einleitung.

I. Der Civilprozeß.

§ 1.

A. Begriff desselben.

Martin § 1; Linde § 1; Osterloh § 1; Wetzell § 1; Renaud § 1.

Civilprozeß ist das Verfahren, in welchem streitige Privatrechte vermittelst der von dem Staat eingesetzten Gerichte nach gesetzlicher Ordnung zur Anerkennung gebracht und realisirt werden [1]).

Seine Berechtigung liegt in der Aufgabe des Staates, die Rechtsordnung herzustellen. Daraus folgt zwar nicht, da es sich hier um Privatrechtsverhältnisse, welche der freien Disposition der Betheiligten unterliegen, handelt, daß der Staat aus eigenem Antriebe, ohne oder wider den Willen des Berechtigten Recht zu machen habe, wohl aber, daß es seine Pflicht ist, diejenigen Institutionen zu gewähren, vermöge deren begründete Privatrechte gegen die Weigerung des Verpflichteten durchgesetzt werden können [2]).

1) Der Ausdruck: processus ist bei den Römern nicht technisch; s. L. 3 § 13 de orig. jur. 1, 2. L. 41 de donat. int. vir. et ux. 14, 1; L. 4 Cod. de sent. 7, 45, wenn auch hier und da der Ausdruck procedere vorkommt; wohl aber seit dem Kan. Recht; c. 2 X. de V. S. 5, 40; c. 2 X. de rescr. 1, 3; Clem. 2 de V. S. 5, 11, den älteren Prozessualisten (so schon Durantis) u. den Reichsges. (R. G. von 1513; K. G. O. von 1521 Tit. 20). Ueber eine andere Bedeutung der (Ladungen und) „Prozesse" s. Renaud a. a. O. Not. 1.

2) Vgl. dazu Zachariä, d. St.R. § 169. Bluntschli, allg. St.R. II. S. 102. — Eine weiter ausholende philos. Begründung glaube ich mir ersparen zu können. S. Bethmann-Hollweg, Civilproz. in gesch. Entwickelung I. § 1—14; vgl. damit Marant. III. 1 sqq.

I. In diesem Sinne bildet der Civilprozeß den Gegensatz der Selbsthülfe, d. i. der Realisirung von Privatrechten auf eigene Hand des Berechtigten, ohne Anruf des Gerichts [3]).

Die Idee des geordneten Rechtsstaates läßt rein willkührliche und gewaltsame Selbsthülfe, welche daher als Eigenmacht mit Strafe bedroht wird, nicht dulden. Allein das schließt nicht aus, daß in gewissem Umfange dennoch der Schutz von Privatrechten wider Störung nach dem Gesetze den Privaten selbst anvertraut sein kann. Soweit dies der Fall, ist die Selbsthülfe eine gesetzlich gebilligte Realisirung des Rechts ohne gerichtliche Hülfe [4]).

Auch dem Selbsthülferecht der Privaten kann die Möglichkeit einer Durchführung in prozessualischen Formen unter Beihülfe des Gerichts eröffnet werden; oder, was dasselbe ist, die gerichtliche Prozedur kann mehr auf der Eigenthätigkeit der Parteien,

---

3) Ueber die Selbsthülfe s. Martin § 1. 8; Vorl. I. S. 8; Bayer § 9; Osterloh § 15; Wetzell § 1 Not. 1 und 2; auch Puchta, Pand. § 80; Vangerow, Pand. § 132. 133; Windscheid, Pand. I. § 123, besonders über das ed. div. Marci. — Selbsthülfe ist sowohl die Selbstvertheidigung, wie der Selbstangriff; s. dag. Linde, Zeitschrift für C. R. I. S. 94, der den Unterschied macht, daß erstere erlaubte, letztere verbotene Selbsthülfe sein soll.

4) Der Umfang, in dem Selbsthülfe zugelassen oder ausgeschlossen erscheint, kann sehr verschieden sein, je nach den Zuständen der Kultur und des öffentlichen Wesens. In roheren Zeiten, bei stark ausgeprägter Freiheit des Individuums ist Selbsthülfe geradezu Grundrecht. Daher das altrömische Selbsthülferecht, s. Rudorff, röm. R. Gesch. II. § 21. 36, und über dessen weitere Schicksale Bethmann-Hollweg II. S. 178. III. S. 228; das altdeutsche Fehderecht Wetzell, Not. 2; über Frankreich vgl. Schäffner, Gesch. der Rechtsverf. Frankreichs I. S. 313; II. S. 195. 265. 270; III. S. 238. In dem modernen bureaukratischen Staatswesen dagegen erscheint leicht die Ausmerzung jeder Selbsthülfe als Ideal des (aller Eigenthätigkeit entkleideten) Rechtszustandes. Alsdann gelten die positiven Anerkennungen des Selbsthülferechts (wie vim vi repellere, Erhaltung des Besitzes gegen Dejection, das deutsch-rechtliche Pfändungsrecht, Sachsensp. II. c. 20; Schwabensp. c. 333. Wetzell, Not. 1; Osterloh § 15 Not. 3. 4; Martin Bel. I. S. 51; Schäffer, Arch. für prakt. R. W. I. S. 1) der Privaten als spezielle Ausnahmen, was sie von Haus aus keineswegs waren, vgl. Martin § 8 Not. c., während doch umgekehrt der Staat in Gestalt seines Beitreibungsrechtes die Selbsthülfe oft sehr ausgedehnt in Anspruch nimmt. Ueber den Umfang in England s. Rüttimann, engl. Civilprozeß S. 7.

als auf der Unterwerfung derselben unter das Gericht beruhen. Dies gilt nicht blos von besonderen Gattungen des Verfahrens, welche als organisirte Selbsthülfe bezeichnet werden mögen, sondern selbst von dem ordentlichen Verfahren, insofern sich in ihm der Grundgedanke selbstständiger Aktion der Parteien, vorwiegend vor der leitenden Thätigkeit des Gerichts (s. § 94), bethätigt.

II. Civilprozeß ist ferner nicht jederlei andere außergerichtliche Erledigung von Rechtsansprüchen, durch Untergang des Objekts, Tod oder sonstige Veränderung in der Person des Berechtigten, oder Verpflichteten, Verjährung. Ebenso gehört der außergerichtliche Vergleich und Verzicht lediglich in die Lehre des materiallen Rechts, wenn sie auch, während des Prozesses vorkommend, auf den letztern Einfluß zu äußern vermögen[5]).

III. Der Civilprozeß bezweckt Erledigung durch die Hülfe des Gerichts. Damit ist hauptsächlich gemeint: Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses durch den Spruch des Gerichts. Aber doch nicht ausschließlich. Denn da und soweit über den privatrechtlichen Gegenstand des Civilprozesses fortwährend die Privatdisposition Macht hat, kann der Streit auch durch die Disposition der Parteien erledigt werden. Mithin gehört der prozessualische Vergleich, die Anerkennung, der Verzicht u. dgl. auch in die Darstellung des Civilprozesses (s. § 104 ffl.). Nicht blos insofern, als ein solcher Akt unter Mitwirkung des Gerichts sich vollzieht, sondern weil jedes Prozeßverfahren vernünftigerweise zugleich das Ziel solcher Erledigung verfolgt[6]).

5) Indem daraus die exc. oder repl. rei finitae entnommen wird; s. § 171, 16.

6) Vgl. § 94. Freilich war das lange Zeit kaum anerkannt. Nach dem Zuschnitt des neueren Prozesses tritt eigentlich nur der Zweck, eine Sentenz zu erwirken, hervor. Vergleich oder Anerkennung sind nur ausnahmsweise Nebenvorkommnisse. Man vergleiche dagegen den römischen Prozeß, in dem die Erledigung durch Eigenthätigkeit der Parteien mindestens vollkommen gleichberechtigt neben der Erledigung durch die Richtersentenz (die selbst nur als ein Quasikontrakt der Parteien dargestellt wird, s. § 145, 4) erscheint. Erst in neuester Zeit fängt man wieder an, besser zu begreifen, daß die gerichtliche Prozedur nicht blos zum Streiten und Sentenzertheilen, sondern eben so gut zur Abmachung ohne Streit und Urtheil bestimmt sein kann.

IV. Civilprozeß ist nur diejenige Erledigung streitiger Rechtssachen, welche vor den von der öffentlichen Gewalt, man kann jetzt sagen (§ 20), vor den von dem Staat eingesetzten Gerichtsbehörden stattfindet[7]).

Ausgeschlossen wird daher die Erledigung durch Schiedsrichter[8]). Die Lehre von dem Kompromiß, als der Vereinbarung über eine solche Erledigung durch eine von den Parteien erst geschaffene Gerichtsstelle, und dessen Vollziehung, dem Schiedsverfahren, bleibt dem materiellen Civilrecht überwiesen[9]).

In der That war nach den seitherigen Zuständen der Gegensatz zwischen dem öffentlichen oder Staatsgericht und dem Privat- oder Schiedsgericht ein unversöhnlicher. Nur das erstere erscheint nach den herrschenden Anschauungen mit zwingender Gerichtsgewalt ausgerüstet, welche namentlich die sofortige Exigibilität der Sentenzen und Verfügungen sichert, während der Schiedsrichter einer solchen Zwangsbefugniß entbehrt und sein Spruch nur ein Privatrecht auf dem Boden des Kompromißvertrags gibt.

Indessen hat nicht zu allen Zeiten der gleiche Gegensatz bestanden und braucht nicht zu bestehen[10]).

---

7) Wetzell, Not. 2, 3; Osterloh § 2. 3. 49, 1.

8) Ueber eine andere Bedeutung des Namens: Schiedsgericht s. § 66. Mitunter nennt man jetzt auch Schiedsgericht die Instanz, in welcher vor der Streiteröffnung der Güteversuch angestellt werden muß. S. § 106, 9.

9) Vgl. Vangerow, Pand. III. § 670 und zu der dortigen Literatur in Betreff der römischen Ansichten noch die Dissertation von Adolph, de compromisso. Berol. 1863; die kan. Lehre sehr vollst. bei Scacc. de jud. II. c. 2 nr. 1—741; s. auch Marant. IV. dist. 24. — Ueber das nur dem öffentlichen Recht angehörige Austrägalverfahren nach den Bundesgesetzen s. Zachariä, d. R.R. II. § 270 ffl. — Eben so wenig ist die nach älteren Partikularordnungen mitunter den Rabbinen zugewiesene schiedsrichterliche Gewalt bes. zu erwähnen. — Ueber die preuß. Schiedsgerichte s. Koch, preuß. Civ.-Proz. § 3.

10) Zumal dann nicht, wenn eben auch für die eigentlichen Gerichte Privatrichterthum besteht. Der Unterschied zwischen dem judex privatus, in jure datus et sumtus, und dem arbiter ex compromisso acceptus ist im Röm. R. handgreiflich sehr gering. S. über die judicis arbitrive postulatio Bethmann-Hollweg II. S. 277 ffl. Ebenso verwischt sich der Unterschied zwischen dem unständigen (Delegaten) Richter, der gegeben, und dem Schiedsmann, der gewählt wird, sehr leicht, wie das Kan. R. darthut. Cf. Bulgar. summ. de arbitris (Wunderlich, anecdot. p. 13.)

Man kann sehr wohl, wie im modernen Prozeßrecht immer häufiger geschieht, dem Schiedsspruch unter gewissen Voraussetzungen Vollstreckbarkeit gewähren und dadurch das gewillkührte Schiedsgericht in den Organismus der Rechtspflege aufnehmen[11]).

V. In dem Begriffe des Civilprozesses liegt endlich, daß er ein Verfahren nach gesetzlicher Ordnung ist (s. § 4, IV.). Die öffentlichen Gerichte können nur nach der von der öffentlichen Gewalt aufgestellten Ordnung des Verfahrens thätig werden und die Parteien die einen Bestandtheil des öffentlichen Rechts bildende Norm des Verfahrens nicht willkührlich ändern. Die Prozeßordnung hat einen allgemeingültigen, über dem Privatwillen stehenden Karakter. Nur die vom Staate ertheilte Prozeßordnung hat den unmittelbar zwingenden Karakter, der sich in der Prozeßleitung (§ 121 z. A.) und der Vollziehung der Sentenzen, wie der Dekrete (§ 144) äußert. Einen Konventionalprozeß in dem Sinne, daß die Betheiligten sich aus eigenem Willen durch Uebereinkunft eine Norm des Verfahrens schaffen könnten[12]), gibt es

---

Lanfranc. de Or. tr. de arb. et comprom. u. J. B. a S. Blasio tr. de arb. beide in Tract. tract. III. Die moderne Staatsidee und der ständige Karakter der Staatsgerichte grenzt sich scharf gegen das Schiedsgericht ab. Neben der allumfassenden Organisation der Staatsgerichte findet erst in jüngster Zeit wieder die Privatjustiz einigen Platz, der sich ohne Zweifel unter günstigen Verhältnissen sehr erweitern wird. Wird das Schiedsrichterthum in den Organismus des Gerichtswesens aufgenommen, so tritt der arbiter legalis (z. B. des R.R. L. 35 Cod. de app. 7, 62; L. 27 Cod. de proc. 2, 13; L. 7. 8 Cod. de episc. aud. u. s. w.) in Gegensatz zu dem arbiter electus.

11) So zuerst nach dem französ. Dekret vom 16. Aug. 1791. Ueber das engl. Recht s. Rüttimann § 23 ffl. — Am leichtesten geht das, wenn selbst die Exekution der Staatsgerichtsurtheile nicht mehr den Gerichten selbst belassen wird; s. § 254, I. a. E. — Daher enthalten die neuesten Prozeßgesetze oder Entwürfe regelmäßig auch einen Abschnitt „von den Schiedsgerichten"; s. Bad. Pr.=O. § 1061—1087; Bair. Entw. Art. § 36 ffl.; Preuß. E. § 1361. 1374 ffl. — Auch gewährt man dem Schiedsgericht die Beihülfe der Staatsgerichte (Requisition); s. z. B. Han. P.=O. § 31.

12) An die sie dann ex pacto gebunden wären, wogegen sie an die öffentl. Prozeßordnung als Gesetz des Staates schon von selbst gebunden sind. Das Letztere hat unmittelbar den Zwang der öff. Gewalt in sich vgl. auch Wetzell § 48.

wenigstens vor Staatsgerichten nicht[13]). Schiedsrichtern können die Parteien dagegen durch Uebereinkunft auch das Verfahren bestimmen. Wenn dennoch von einem Konventionalprozeß auch vor den öffentlichen Gerichten die Rede ist, so bezeichnet man damit nur, daß in gewissem Umfang selbst innerhalb des bestehenden öffentlichen Prozeßrechts, namentlich solchen Bestimmungen gegenüber, welche nur im Interesse der Parteien gegeben sind, der Privatwille und die Vereinbarung der Parteien Spielraum hat[14]). Es kommt also darauf an, ob die einzelnen Vorschriften des Verfahrens absolut zwingender Art sind, oder der Modifikation durch den Willen der Parteien unterliegen[15]). Eine feste Grenze in dieser Hinsicht zu ziehen, ist freilich unmöglich[16]).

§ 2.

B. Gegenstand des Civilprozesses.

Renaud § 2.

Der Umfang des Civilprozesses wird durch seinen Gegenstand bestimmt. Gegenstand desselben sind aber streitige Privatrechtssachen, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.

---

13) Vgl. Wetzell § 43, 21. Osterloh § 24 a. E. — Die Staatsgerichte lassen sich nach ihrer ganzen Stellung auf einen solchen Konventionalprozeß nicht ein; denn das wäre in gewissem Sinne Unterwerfung unter den Privatwillen, welcher der ganzen Organisation des Staatsgerichtswesens widerwärtig ist. Daß ältere Schriftsteller die Periode, welche die heutige Staatsgerichtsbarkeitseinrichtungen noch nicht kannten, die Möglichkeit eines solchen Konventionalprozesses behaupteten (Wetzell das. Not. 22), ist sehr begreiflich; bes. begreiflich aber auch, daß das Wesen der Gerichtsbarkeit jetzt das nicht mehr duldet. Man braucht sich daher kaum noch bes. auf L. 2; de R. J. 50,17; L. 3 Cod. de testam. 6, 33 zuberufen und Clem. 2 de V. S. 5, 11 hinwegzuinterpretiren. Renaud § 7, 5.

14) Nur so viel sagen L. 74 de jud. 5, 1; L. 20. fam. herc. 10, 2; Clem. 2 de V. S. 5, 11 u. a., aus denen man sonst einen Konventionalprozeß hat deduziren wollen. — Vgl. auch Bayer § 11. Ein Beispiel s. § 159, 3.

15) Daß das dasselbe ist, was auch Verhandlungsmaxime genannt wird, s. § 99.

16) Jeder einzelnen Bestimmung gegenüber kann erst geprüft werden, ob sie jus publicum, quod pactis privatorum mutari nequit. Das Kriterium von Wetzell Not. 22 wird schwerlich Beifall verdienen.

I. Nur bürgerliche Rechtsangelegenheiten gehören in den Civilprozeß; nicht Straf- und Polizeigerichtssachen[1]). Die bürgerliche und die Strafrechtspflege haben heut zu Tage ihren völlig getrennten Haushalt, häufig sogar ihre besondern Gerichte. Indessen erweist sich die Unterscheidung der Verletzungen reiner Privatrechte, welche der bürgerlichen oder Civilrechtspflege, und der Verletzungen des öffentlichen Strafgesetzes, welche der Strafrechtspflege zufallen sollen, keineswegs als vollkommen sicher und nothwendig[2]).

Weder in dem R.R.[3]), noch in dem K.R.[4]) ist eine absolute Trennung ausgesprochen. Durch die Art der strafrechtlichen Verfolgung mittelst der Anklage, welche keineswegs Monopel eines bestimmten Beamten war, durch die in dem Anklageprozeß bedingte Form des Verfahrens und vor Allem durch die gleiche Art der Wahrheitsbeurtheilung, im R.R. ohne legale Beweisregeln, im K.R. durchweg nach derselben Methode abstrakter juridischen Beweisnormen, blieb der Strafprozeß dem Civilprozeß nahe verwandt. Das Bedürfniß genauerer Scheidung kam erst, seit der Strafprozeß durch das Inquisitionsverfahren eine von dem Civilprozeß und seinem Verhandlungsverfahren wesentlich abweichende Gestalt annahm.

---

1) Martin in § 20; Schmid § 19; Bayer § 1; Osterloh § 11; vgl. auch Wetzell § 43 z. A.

2) Denn auch die Privatrechtsverletzung ist eine Verletzung der öffentl. Rechtsverordnung; und die Verletzung des Strafgesetzes kann sehr wohl gerade nur in der Verletzung eines Privatrechts bestehen, wie die Privatanklagen wegen Injurie, Unterschlagung u. s. w. darthun.

3) Trotzdem, daß man die magna diversitas der judicia publica (s. daher § 154) hervorhob; pr. Inst. de publ. jud. 41, 18. Erst Sulla schied bei seiner Reorganisation schärfer Kriminal- u. Civilsachen; Mommsen, R.G. Bd. 4 Kap. 10. Eine Reihe von Delikten war ja privaten Karakters und das Verfahren durchweg dem der Civilsachen analog. Vgl. Rudorff, röm. R. G. II. § 105 ffl.; auch Bethmann-Hollweg, Civilproz. I. § 30. — Das schließt nicht aus, daß man die durchschnittlich größere Wichtigkeit der Strafsache im Vergleiche zu der Civilsache anerkannte; s. § 154.

4) Ueber die künstliche Definition der causa civ. u. crim. s. Maranta, spec. P. IV. dist. 1 u. deren Unterschied nach der Lehre der Kanonisten Scacc. de jud. I. c. 4—6; sowie Buccaronii de diff. inter jud. civ. et crim. tractatus Rom. 1624.

Wenn nun auch gegenwärtig durch das Anklageprinzip der Strafprozeß der Form nach dem Civilprozeß wieder ähnlicher geworden ist, so besteht doch vor allen Dingen, seit die Wahrheitsfindung in dem ersteren von den gesetzlichen Beweisregeln befreit wurde, die Verschiedenheit der Beweistheorie. Ferner die Verschiedenheit der Verfolgung, welche im Civilprozeß allein dem verletzten Privaten, in dem Strafprozeß regelmäßig der von dem Staate angestellten öffentlichen Anklagebehörde zukommt[5]) und wofür man als inneren Grund die aus dem modernen Staatswesen entspringende Idee anführt, daß die Uebertretung des Strafgesetzes auszugleichen, unmittelbar das Interesse des Staates selbst ist[6]). Nach den heutigen Verhältnissen ist übrigens meist durch die gesetzliche Fixirung des Straf- und Polizeirechts kenntlich, was dem straf- oder polizeigerichtlichen ausschließlich angehört[7]) und folglich aus dem bürgerlichen oder Civilverfahren ausgeschlossen erscheint. Gewiß ist ferner, daß die civilrechtlichen Folgen strafbarer Handlungen (Deliktsobligationen) Gegenstand der Civilrechtspflege sein können. Allein in welcher Weise, darüber weichen die Ansichten eben so sehr ab, wie in Betreff der Frage, ob überhaupt

---

5) Denn die Privatanftage erscheint in dem deutschen Strafprozoß, der die französ. Staatsanwaltschaft adoptirt hat, immer nur als untergeordnete Ausnahme, die erst allmählich mehr Raum gewinnt.

6) Kritik an diesen Ansichten zu üben, ist hier nicht der Ort. Man müßte sonst das ganze vielbesprochene System der Strafverfolgung erörtern. So viel aber wird leicht klar, daß die Definition dessen, was strafrechtlich ist, weit mehr nach dem Effekt, den man hinterher zu rechtfertigen sucht, als nach der inneren Ursache verfährt. Denn daß das „verletzte Staatsinteresse" kein sicheres Merkmal sei, lehrt wieder der Umstand, daß doch innerhalb des Strafprozesses auch die Privatanklage niemals ganz abgeschafft werden konnte. — Die völlige Trennung von Strafprozeß und Civilprozeß, die ihre großen Nachtheile hat, s. meinen Aufsatz im Arch. f. civ. Prax. Bd. 41 N. 92 ffl. und Brauer, das. Bd. 44 S. 49 (über den nothw. Einklang beider Zweige), ist denn in der jüngsten Zeit nicht nur durch besondere Organisation der Strafgerichte (Geschwornengerichte), sondern auch durch die Reformen des Verfahrens, die sich zunächst nur dem Strafprozeß zuwandten, auf den höchsten Punkt gebracht worden. Daher denn die Kollisionen, die regelmäßig zu Ungunsten des Civilprozesses ausschlagen.

7) Nämlich das Erkennen der öffentl. Strafe.

und in welcher Weise dieselben auch im Strafgericht erledigt werden können[8]).

II. Nur Rechtssachen im Gegensatz der Administrativsachen sind Gegenstand des Civilprozesses, d. h. der Entscheidung durch die Civilgerichte[9]). Auch diesen Gegensatz, dessen ausführlichere Darstellung der Staatsrechtslehre zufällt[10]), haben erst die modernen Staatsinstitutionen hervorgerufen.

Unvermeidlich geräth die Befugniß des Staates, im Interesse der Gesammtheit durch seine Organe Anordnungen und Einrichtungen zu treffen, in Konflikt mit dem ideell absoluten Privatrecht der Einzelnen. Daß der Einzelne sein Einzelrecht mit oder ohne Entschädigung dem Bedürfniß der Gesammtheit opfern muß, steht fest. Aber doch nur in dem rechtlich anerkannten Umfang.

Ob nun im einzelnen Fall der Staatsbehörde die Befugniß zustand, in das Privatrecht einzugreifen, ja oft selbst darüber, ob Entschädigung gebührt, darüber sollen oft nach den heutigen Zuständen nicht die Gerichte entscheiden. Nicht blos, weil aus Zweckmäßigkeit der Arbeitstheilung dazu andere Stellen zu bestimmen wären, sondern namentlich deshalb, weil der Staat hinsichtlich der Ausübung seines Verwaltungsrechtes auch dann nicht der Entscheidung der unabhängigen Gerichte[11]) unterworfen sein will, wenn er dabei Privatrechte verletzt. Er gewährt nur eine Beschwerde an die nicht in solcher Weise, wie die Gerichte, von der Regierung unabhängigen Verwaltungsbehörden.

Dadurch wird die Trennung von Justiz und Verwaltung, eines der karakteristischen Merkmale des heutigen Staatswesens[12]), nothwendig[13]).

---

8) Dies ist in § 154 näher darzustellen.

9) Martin § 22; Vorl. I. S. 162; Schmid § 19; Bayer § 44 ff.; Osterloh § 2. 23. — Wetzell § 1, 5.

10) Daß er früher so nicht gekannt war, s. Bethmann-Hollweg a. a. O. § 30.

11) Die Unabhängigkeit, welche den Gerichten hat gewährt werden müssen (s. § 23), treibt den bureaukratischen Staat immer dahin, das Gebiet der Justiz möglichst zu verengern und jedenfalls die Verwaltung auszuscheiden. Heffter, Syst. § 53 a. E.

12) Daß es im altröm. Staate fehlte, s. Bethmann-Hollweg III. S. 31.

13) Zachariä, d. St.R. § 131 IV. Für den wahren Rechtsstaat

Dabei erweist sich aber vielfach der Gegensatz der Justiz- und Administrativsachen mehr als ein zufälliger, oft nur nach der Wirkung bestimmter, als ein innerlich nothwendiger, weshalb oft den Gerichten mancherlei Sachen von administrativem [14]), und den Verwaltungsbehörden Sachen von justizmäßigem Karakter [15]) überwiesen werden. Die Theorie stellt daher zwischen Justiz- und Administrativsachen eine Rubrik gemischter Sachen [16]).

Allgemeingültig zu bestimmen, was der Handhabung der Justiz, und was der Handhabung der Administration zu überlassen, ist geradezu unmöglich [17]).

Ausgeschlossen von der gerichtlichen Verfolgung sind jedenfalls die eigentlich politischen Rechte, wie Wahlrechte u. dgl., sowie die Anwendung der dem Staate zustehenden Hoheitsrechte, z. B. Finanzhoheit, Militärhoheit auf die Einzelnen. Allein inwieweit sonst bei Anwendung der Administrativgewalt der Rechtsweg vor den Gerichten beschränkt oder gewährt wird, hängt durchaus vom

---

ist es, wie bes. Gneist, in seiner Geschichte des Selfgoverment, 2. Aufl. 1863 vortrefflich dargelegt hat, das dringendste Bedürfniß, auch der Administration durch eine in einem Staatsrath gipfelnde Organisation volle Unabhängigkeit zu gewähren. Damit würde die leidige Feindschaft zwischen Justiz und Verwaltung aufhören. — Die bis jetzt einseitige Bevorzugung der Justiz hat in der That erst die Konflikte mit der Verwaltung hervorgerufen, welche weder im R. R. noch im Kan. R. existirten, wo Vieles, was eben Administration heißt, ganz in derselben Prozedur behandelt wurde, wie eigentliche Rechtsstreite.

14) Z. B. Vormundschaftssachen, Konkursverwaltungsangelegenheiten u. s. w. Man nennt das allenfalls: Justizadministrativsachen. Osterloh § 4.

15) Z. B. Separationen, Expropriationen, Ablösungen und dgl., die so sehr einen gerichtlichen Karakter haben, daß man für sie selbst vor den Administrativbehörden eine Art von Prozeß schaffen muß. Der Hauptgrund für die in der neuern Gesetzgebung sehr beliebte Maßregel, solche Sachen den Gerichten zu entziehen, liegt in der Sorge vor der Weitläufigkeit und Schwierigkeit der Gerichtsprozedur. Daß es gleichwohl seine Bedenken hat, solche Sonderprozeduren aufzustellen, sollte kaum erwähnt zu werden brauchen. Vgl. Waitz, Politik 1862. S. 78.

16) Osterloh § 2.

17) Versuche dazu s. Geßler, Zeitschrift (Tübinger) für die ges. Staatswiss. 18. Jahrg. S. 719 ffl. Lauk, Arch. für pr. R. W. Bd. 2 S. 1; Bd. 3 S. 206; Zentner, Magaz. für Bad. Rechtspfl. I. S. 229 ffl.

Standpunkte des jeweiligen Verfassungs- und Verwaltungsrechtes ab[18]).

Sofern Justiz und Verwaltung getrennt sind, entsteht die Gelegenheit zu Kompetenzkonflikten, sowohl durch Ablehnung, als auch durch Aneignung der betreffenden Sache. Während es früher als gemeinrechtliche Ansicht gelten durfte, daß die Gerichte wenigstens über die Kompetenz der bei ihren angebrachten Sachen nach Recht und Gesetz selbst zu entscheiden hätten[19]), hat man neuerdings behufs der Entscheidung nicht selten sogenannte Kompetenzhöfe, gebildet aus Justiz- und Verwaltungsbeamten, eingesetzt[20]), auch häufig dabei die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Anspruch genommen[21]).

Ja, es fehlt sogar nicht an Ansichten, welche die Entscheidung der Kompetenzkonflikte unbedingt dem Landesherrn oder der höchsten Stelle (Ministerium) übertragen[22]).

III. Der Civilprozeß hat es nur mit **streitigen** Rechtssachen zu thun, d. h. mit Rechtsansprüchen, für welche die Hülfe des Gerichts angerufen wird, weil sie entweder wirklich verneint, oder doch durch Zurückhaltung der schuldigen Anerkennung oder Erfüllung verletzt werden[23]). Ausgeschieden und der sogenannten freiwilligen

---

18) Es hat daher auch wenig Werth, die Administrativsachen zu rubriziren und einzutheilen, z. B. Polizei(administrativ)sachen, Kammerfinanz-, Steuersachen u. dgl. **Martin** § 25. — Die Beispiele sind sehr verschieden; bald soll das Gericht inkompetent sein, blos weil die Rechtsstörung in der Verfügung einer Administrativbehörde ihren Grund hat, obwohl der Gegenstand (z. B. Servitut) sicher privatrechtlich, bald, weil der Gegenstand der Verfügung ein öffentl. Recht ist (wie an öffentl. Gewässern, Gemeindeberechtigungen u. dgl.). S. **Seuffert**, Regist. zu Bd. 11—15 S. 79 B. 1; XVI. Nr. 72. 142. 248; XVII. Nr. 99 u. s. w.

19) **Zachariä** § 177, 11.

20) S. z. B. Bad. P.O. § 64. — **Zöpfl**, Staatsr. (5. Aufl.) II. S. 599.

21) **Osterloh** § 5. **Zachariä** § 177, 17. Ueber die französ. Verhältnisse s. **Schäffner** II. S. 416; III. S. 489; IV. Kap. 16. — Das Richtige ist natürlich, die Gerichte allein über diese ihre Kompetenz entscheiden zu lassen, vgl. auch **Waitz** a. a. O. S. 79; aber der administrative Bureaukratismus glaubt dadurch von den unabhängigen Gerichten abhängig zu werden.

22) Das erklärt auch **Renaud** § 2, 12 als die Regel, mit Berufung auf die Autorität der Altenb. V. U. Zur Kritik s. **Zachariä** § 177, 4 ffl.

23) Sei es, daß dies geschieht, weil er nicht erfüllen will, oder, wie bekanntlich in der überwiegenden Zahl von Fällen, weil er nicht kann.

Rechtspflege überwiesen werden daher die nicht streitigen Rechtssachen[24]). Der Umfang und die Stellung der jurisdictio voluntaria kann ein sehr wechselnder sein. Soweit die unter diesem Namen jetzt begriffenen Geschäfte gerichtliche Mitwirkung erheischten, zeigte sich nach älterem R.R. in der Form der Behandlung solcher Rechtsgeschäfte und streitiger Rechtssachen die größte Aehnlichkeit, daraus erklärlich, daß auch in dem eigentlichen Prozesse[25]) die Bethätigung des Privatwillens das herrschende Element war[26]). Erst in der späteren Zeit gingen Prozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit aus einander.

In Deutschland erschien zwar von Alters her der Verkehr mit Immobilien als Sache der Gerichte, allein im Gegensatze zu der mittelalterlichen Anschauung, auch des K.R., welche einen großen Theil der freiwilligen Rechtsangelegenheiten der Privatthätigkeit und Hülfe der Notare überließ, hat die moderne Staatsfürsorge oft in viel weiterer Ausdehnung die unstreitige Rechtspflege den Gerichtsbehörden untergeordnet[27]).

Ungeachtet der Vereinigung gelten jedoch freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit für ganz getrennte Zweige. Nicht deshalb, weil dort die Aufgabe des Gerichtes wesentlich eine andere wäre, als hier. Auch in Angelegenheiten der freiwilligen Rechtspflege hat der Richter zu prüfen und zu entscheiden, wie die Anwendung von Rechtsmitteln in prozessualischer Form bestätigt (§ 240).

Wohl aber deshalb, weil, nachdem in dem gemeinen Prozeß die Eigenthätigkeit der Parteien bis auf das geringste Maaß herabgedrückt worden ist, ein Gegensatz darin sich geltend macht, daß in der freiwilligen Rechtspflege, obwohl sie eine gerichtliche ist, doch der freie Wille der Betheiligten stets das Hauptmoment bleibt.

Die Kunstdefinitionen behufs Abgrenzung der beiderseitigen

---

24) Causae non contentiosae. S. Schmid § 19; Martin § 21. 25; Bd. I. S. 173; Osterloh § 12; Bayer § 55; Wetzell § 43 z.A.

25) Dessen Handlungen daher Quasikontrakte darstellen.

26) Es ist also nicht richtig, wenn Wetzell a. a. O. meint, die prozeßähnlichen Handlungen der manumissio, in jure cessio u. s. w. beruhten blos auf „künstlicher Benutzung der Prozeßhandlungen".

27) Die jüngste Gegenwart strebt freilich, diese Regulirung durch die Behörden wieder abzuwerfen, oder doch zu mindern. Daher die Restauration des Notariatswesens.

Gebiete leisten wenig. Denn es läßt sich eben so gut dem Prozeß viel von dem Wesen der Freiwilligkeit beimischen, wie umgekehrt Form und Methode des Prozesses auf freiwillige Geschäfte erstreckt werden kann [28]).

IV. Aus dem Bisherigen ergibt sich der Begriff der Civilprozeßsache, d. h. derjenigen Sache, welche überhaupt fähig ist, Gegenstand eines Civilprozesses zu werden [29]).

Was nach den dargestellten Beschränkungen dem Gebiete des Civilprozesses belassen wird, sind im Ganzen alle rein privatrechtlichen Vermögens- und Standesberechtigungen [30]). Zu den ersteren gehören sowohl dingliche, wie persönliche Ansprüche jeder Art. Während die materiellen Voraussetzungen der Klagen lediglich in der Darstellung des Civilrechts zu entwickeln sind, ist hier nur zu erwähnen:

A. daß lediglich ein konkretes Privatinteresse, gerichtet auf Erfüllung eines bestimmten Rechtsanspruchs, die Eröffnung eines Civilprozesses ermöglicht. Die Gerichte entscheiden nicht über allgemeine Rechtssätze, wenn sie kontrovers sind, nicht über abstrakte Auslegung der Gesetze u. s. w. [31]).

Zukünftige, d. h. vorhandene, aber zur Zeit noch nicht realisirbare Rechte können indessen sehr wohl den Gegenstand eines Rechtsstreites abgeben, insofern sie schon ein gegenwärtiges Vermögensinteresse darbieten [32]).

---

28) Daß die jurisd. volunt. nur Begründung von neuen Rechtsverhältnissen bezweckt (s. Wetzell a. a. O. Art. 4), trifft nicht zu. Sie kann auch Abmachung bezwecken. Und die Richtersentenz im Prozeß begründet auch ein neues Rechtsverhältniß. — Vollends ließe sich an der Definition bei Osterloh a. a. O. S. 14 Kritik üben.

29) In einem andern Sinne bezeichnet Civilprozeßsache oft auch die Sache, die schon faktisch Gegenstand des Civilprozesses geworden, also anhängig ist.

30) Die letztern können freilich auch öff. Karakter haben, sind aber zum Theil doch rein privatrechtlicher Natur und daher mit einer Privatklage verfolgbar.

31) Das sagt die Regel: da mihi factum, do tibi jus.

32) Osterloh § 23 Not. 4. Man kann nicht blos auf Bestellung einer Kaution unter Umständen (Schmid § 18), und nicht blos bei Einwilligung der Parteien (Osterloh a. a. O. Not. 2) auf künftige Leistungen, auch nicht blos bei Alimenten, wie Renaud §. 88, 25 allein zugibt,

B. Daß der Civilprozeß die Beziehung auf einen bestimmten Gegner fordert[33]), der aber mitunter, durch Bestellung eines Vertreters, erst geschaffen wird. Ohne Gegenpartei ist allerdings ein Civilprozeß nicht möglich.

§ 3.

C. Arten des Civilprozesses.

Martin § 3; Schmid § 2; Bayer § 2; Osterloh § 24; Wetzell § 1 a. E.

Als Arten des Civilprozesses und folglich auch seiner Vorstellung, der Civilprozeßlehre, unterscheidet man:

I. nach dem äußeren Geltungsgebiet:

A. gemeinen deutschen, oder, wie er oft genannt wird, Reichsprozeß, processus communis Germaniae. Ein solcher existirt heutzutage nicht kraft der positiven Grundlage einer einheitlichen Staatsorganisation Deutschlands, sondern, da jeder souveräne einzelne Staat seinen eigenen Prozeß hat, nur durch die Wissenschaft, welche aus den älteren, einheitlichen Quellen, des römischen, kanonischen und deutschen Rechts, sowie aus der Uebereinstimmung der partikularen Rechtssätze und Rechtsansichten einen idealen Prozeß ganz Deutschlands konstruirt[1]).

---

klagen, sondern die heutigen Rechte lassen in immer größerem Umfang geradezu eine Klage „auf Feststellung von Rechtsverhältnissen" zu. S. z. B. Preuß. E. § 224. Kurhess. Ges. v. 1863 § 33; Bad. P.O. § 256. S. auch § 142, 17 ffl. Die röm. Stellen L. 23. 35. 41. de jud. 5, 1; L. 186 R. F. 51, 17 u. a. (Martin § 20 Not. b; Osterloh Not. 4) sagen nur, daß das Recht bereits wirklich da sein muß, um verfolgt werden zu können. Das versteht sich von selbst, schließt aber keineswegs die Klage auf Feststellung des Rechts zu wiederkehrenden oder noch nicht reell fälligen Leistungen aus. Wo das Recht binglichen Karakter hat, ist das auch von der Praxis, trotz des Zeugnisses von Pfeiffer, Arch. f. civ. Pr. Bd. 37 S. 260, meist zugelassen worden. Erst in der jüngsten Zeit freilich beginnt man denselben Grundsatz auf persönliche Rechte zu erstrecken. S. dageg. Renaud, § 88, 23. Innerlich zwingende Gegengründe wird man dagegen nicht anführen können.

33) Schmid § 18; L. 1 Cod. de ingen. manum. 7, 41; L. 62 de jud. 5, 1.

1) Ueber die Existenz eines gemeinen Prozesses sich sonstwie in juridische Spitzfindigkeiten zu vertiefen, s. z. B. Martin, Vorl. I S. 24; Bayer a. a. O. I; Brackenhöfft, Erört. § 11, kann man sich füglich ersparen. — Ueber das Verh. zum Partikularrecht s. § 12.

B. partikularen Prozeß, processus particularis, welcher nur in einem einzelnen deutschen Staate Geltung hat und seinerseits wieder in einen territorialen, provinziellen, Bezirks-, Stadt-, Orts-prozeß u. s. w. eingetheilt werden kann.

II. nach dem Gegenstand und den Gerichten, für die er bestimmt ist:

A. allgemeinen Prozeß, pr. universalis s. generalis, der sich auf alle Gerichte und Rechtssachen bezieht, und

B. besonderen, pr. specialis, für einzelne Gattungen von Gerichten und Rechtssachen.

III. nach der Art des Verfahrens: ordentlichen, pr. ordinarius s. solemnis, und summarischen Prozeß, pr. summarius s. extraordinarius, wovon unten das Nähere[2]).

II. Das Civilprozeßrecht und seine Lehre.

§ 4.

A. Begriff und Quellen.

I. Das Civilprozeßrecht ist die Summe der für den Civilprozeß bestehenden Rechtsregeln; Civilprozeßlehre die wissenschaftliche Darstellung und Begründung dieser Rechtsregeln[1]). Daß sich letztere ebenso eintheilen läßt, wie der Civilprozeß (§ 3), ergibt sich von selbst.

II. Die Quellen[2]), aus denen die Theorie des Civilprozeßrechts sich entwickelt, sind ihrer Art nach dieselben, wie für die Theorie des materiellen Rechts. Sie sind daher

---

2) Ueber den Gegensatz des pr. legalis u. conventionalis, den die Meisten hier noch anschließen, s. § 1, V.

1) Es kann ein Civilprozeßrecht bestehen, ohne daß es wissenschaftliche Behandlung erfährt, während umgekehrt von einer Prozeßlehre nicht die Rede sein kann, bevor ein Prozeßrecht, und zwar in einer die wissenschaftliche Betrachtung anregenden Fülle des Stoffes, vorhanden ist.

2) Martin § 4 ffl., Linde § 14, Heffter § 20, Schmid § 8, Bayer § 3 ffl., Osterloh § 34 ffl., Wetzell § 2, Renaud § 4. 5.

A. entweder positive Gesetze und Verordnungen der verschiedensten Art. Hierher gehören nach der herrschenden Ansicht immer auch vermöge der Rezeption das römische und kanonische Recht in der abgeschlossenen Gestalt, wie es im Corpus juris Romani Justinian's und dem Corpus juris canonici niedergelegt ist[3]).

Daneben haben, soweit nicht das einheimische durch das fremde Recht verdrängt worden ist, die älteren deutschen Gesetze ihre Geltung als Rechtsquelle behalten. Hieran schließen sich nach Rezeption des romanischen Rechts die Gesetze des deutschen Reichs und des deutschen Bundes, sowie theils schon während der Zeit des Reichs, vollends aber seit dessen Auflösung die große Menge der Gesetze, welche sich in den selbstständig gewordenen Einzelstaaten vorfinden[4]).

Die modernen positiven Erlasse der Staatsgewalt sind entweder Gesetze, unter denen sich dem Inhalte nach wieder umfassendere Kodifikationen des gesammten Prozeßrechts, Prozeßordnungen, und sog. Mängelgesetze oder Novellen zur Ordnung mehr oder minder einzelner Punkte des Verfahrens, sowie Organisationsgesetze, zur Einrichtung der Gerichte, unterscheiden lassen, oder Verordnungen und Regulative oder Instruktionen für die Gerichte, Unterbeamten, Anwälte u. dgl. Wie weit das Gebiet des, im konstitutionellen Staat der Mitwirkung der Volksvertretung bedürftigen, Gesetzes, der blos landesherrlichen Verordnung, oder des blos ministeriellen Regulativs reicht, bestimmt sich lediglich nach dem öffentlichen Rechte; und die Frage nach der Gültigkeit der einzelnen Erlasse und dem richterlichen Prüfungsrechte

---

3) S. darüber statt Aller Windscheid, P. § 3—5. Denn was über die Anwendung jener Kodifikationen als subsidiäres Gesetz des materiellen Civilrechts gesagt wird, gilt auch für den Prozeß. Es wäre freilich endlich einmal Zeit, von der doktrinellen Fiktion, welche sich gerade im Prozeß völlig unhaltbar erweist, zurückzukommen und in dem ganzen Bestand des röm. u. kan. Rechts, auch der Corpora juris, das zu erkennen, was er wirklich ist, nämlich historisches Material. Welche Lächerlichkeiten und Unmöglichkeiten daraus hervorgehen, wenn man positive Gesetze, wenn auch nur subsidiär, auf total andere Zeiten und Verhältnisse anwenden will, lehrt das Prozeßrecht dem unbefangenen Urtheile auf jedem Schritt.

4) Ueber deren Bedeutung s. Renaud S. 10.

hinsichtlich der Emanation, wie der Publikation, ist dieselbe, wie bei den positiven Quellen des materiellen Privatrechts[5]).

B. Oder Gewohnheitsrecht. Die Möglichkeit der Rechtserzeugung im Wege der Gewohnheit auch für das Gebiet des Civilprozesses ist nicht zweifelhaft[6]). In Bezug auf Voraussetzungen, Anwendbarkeit, Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit gelten die allgemeinen Rechtsregeln. Ebenso in Hinsicht auf die Pflicht des Richters, das Gewohnheitsrecht zu wissen oder von Amts wegen zu erforschen[7]). Nach der ganzen Stellung des rechtsuchenden Volkes zu den Gerichten aber, wie sie sich im Verfahren aus-

5) Vergl. Puchta, Pand. § 15 Not. o, Vangerow I. §. 12, dazu Pfeiffer, die Unabhängigk. u. Selbstst. des Richteramtes 2. Aufl. S. 161. 197. Hier nur so viel. Unzweifelhaft hat das Gericht, das nur nach dem wirklich bestehenden Recht handeln und entscheiden soll (§ 23), über das Dasein und die Wirkungsfähigkeit einer Gewohnheit zu kognosziren. Aber, während es also über die Rechtsbeständigkeit der aus dem Volke hervorgehenden Rechtssätze aburtheilen darf, soll seine Kognition in Hinsicht auf die von der Staatsgewalt emanirten Gesetze beschränkt sein. Begreiflich, so lange die Gerichte in der patrimon. Zeit unter dem Inhaber standen, u. die öff. Gewalt hinsichtlich der Gesetzgebung noch ganz unbeschränkt war. Jetzt dagegen, wo die Gerichte unabhängig und die Gesetzgebungsgewalt in konstitut. Staaten an bestimmte Voraussetzungen oder Grenzen gebunden, muß die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht unvermeidlich auftauchen; eine Frage, die niemals durch einzelne schematische Distinktionen, sondern nur durch den politischen Geist zu lösen ist. So unbedenklich und nothwendig das richterliche Prüfungsrecht trotz des Pseudogrundes, daß die Gerichte, weil nur im Namen des Staates die Justiz übend, nicht über die Staatsgewalt gestellt werden dürfen, erscheint, wo nur das verfassungsmäßige Recht gelten soll, so erklärlich ist es, daß man sich häufig bemüht hat, dasselbe in der verschiedensten Weise zu beschränken. S. die reiche Literatur bei Zachariä d. St.R. § 175, eine Fülle trauriger Ansichten bei Bischoff, Zeitschr. f. C.R. u. Pr. N. F. XVII. Nr. 5. XVIII. Nr. 11. 16, vergl. dag. Bluntschli, allg. St.R. I S. 549. Waitz, Polit. 1862 S. 79. Gegen den 3. Juristentag, der sich für unbedingte Anerkennung der gerichtl. Kompetenz, die einzig rationelle Lösung, aussprach, s. Martin, der Umfang des richterl. Prüfungsrechtes, 1865; auch H.R. Martin, die Rechtsverbindlichkeit landesherrl. V.O. 1866.

6) Wetzell § 2 a. Ende. Renaud §. 4. 1.

7) Savigny, I. § 12; Vangerow I. § 14; Windscheid I. § 14. — Vgl. dazu, namentlich auch über die derogatorische Kraft der Gewohnheit (eine Frage, die der Juristentag V, 1 S. 3. 107; 2 S. 49. 84 schwerlich gelöst hat), Endemann, H.R. § 6. II.

prägt, begreift sich leicht, daß für die Erzeugung ungeschriebenen Civilprozeßrechts die Rechtsübung des Volkes selbst sehr wenig, dagegen die Rechtsübung der Gerichte sehr viel zu thun vermochte. Das Gewohnheitsrecht des Civilprozesses ist daher hauptsächlich, fast ausschließlich, Gerichtsgebrauch, wenn man darunter nicht blos den auf die äußere Formgebung bezüglichen Gerichtsstyl, sondern auch die das Verfahren und dessen inneren Mechanismus gestaltende Thätigkeit der Rechtsprechung versteht. Eben darum sind die Präjudizien oder Rechtssprüche der Gerichte die hauptsächlichsten Erkenntnißmittel der civilprozessualischen Gewohnheit [8]). Mitunter wird der auf die äußere Form der Prozedur bezügliche Gerichtsgebrauch unter dem besonderen Namen des Gerichtsstyls erwähnt [9]), und als Gerichtsobservanz die stillschweigend durch gleichmäßige Uebung angenommene Norm bezeichnet [10]).

C. Die Wissenschaft, welche sich in der wissenschaftlichen Literatur darstellt, vermittelt theils die Kenntniß, Begründung und Verbindung der nach den geschriebenen oder ungeschriebenen Grundlagen bestehenden Rechtssätze, theils wirkt sie durch systematische Behandlung und Pflege der leitenden Ideen zugleich ergänzend, umwandelnd und fortbildend auf den Bestand des Rechtes selbst, insofern die von ihr gefundenen Wahrheiten von der Uebung oder der Gesetzgebung anerkannt werden [11]).

III. Das Verhältniß dieser Quellen zu einander ist für die wissenschaftliche Darstellung ein einheitliches. Denn der gesammte Rechtszustand irgend einer Zeit ergibt sich erst aus dem, was positives Gesetz, Gewohnheit und Wissenschaft zusammen darbieten, nicht aus dem einen oder dem andern allein. Die historische Ent-

---

8) Die Bedeutung und der Begriff der Präjudizien sind partik. verschieden. — Gemeinrechtlich läßt sich nur sagen, daß der Richter Angesichts der Regel der L. 13 Cod. de sent. 7, 45 u. L. 12 de off. praes. 1, 18 vgl. Martin, Vorl. I. S. 35 sorgfältig zu prüfen hat, ob wirklich ein Gerichtsgebrauch (Präjudiz) und zwar ein bindender, Savigny I. S. 66, vorliegt, oder nicht. — Literatur s. Vangerow I. § 18.

9) R.A. 1570 § 56.

10) Glück, Komm. III § 146.

11) Vgl. hierzu Endemann, H.R. § 6. III.; namentlich gegen die traditionelle Behandlung der Wissenschaft als eines „Hülfsmittels."

wicklung muß das Material der Gesetzgebung, Gewohnheit und Wissenschaft gleichmäßig und ungetrennt berücksichtigen[12]).

IV. Das Civilprozeßrecht im Ganzen ist ein Bestandtheil der öffentlichen Rechtsordnung (s. § 1. V)[13]). Denn um seinet- und aller seiner Angehörigen willen hat der Staat die Gerichte und das Verfahren herzustellen, durch welche es möglich wird, die Privatrechtsverletzungen auszugleichen. Der Richter ist für die Beobachtung des Prozeßrechtes sowohl dem Staate gegenüber verantwortlich, als auch dazu den Parteianträgen gegenüber verpflichtet.

B. Uebersicht der Entwicklung des Civilprozeßrechts und seiner Literatur.

§ 5.

1. Das römische Recht.

Als Grundlage des heutigen Civilprozeßrechts erscheint noch immer das römische Recht[1]). Insbesondere soll die Rechtssammlung des justinianeischen Corpus juris vermöge der Rezeption in Deutschland geradezu als positive Quelle gelten[2]). Allein, selbst wenn man darin mehr zu sehen vermöchte, als eine doktri-

12) Darin liegt dann auch der Schutz gegen den doktrinellen Mißbrauch positiver Gesetze, die längst keine reale Gültigkeit mehr haben.

13) Savigny I. § 11, Renaud § 7, 3.

1) Eine noch vollständigere Darstellung könnte freilich noch weiter greifen und die gerichtliche Prozedur aller, insbes. auch der alten Kulturvölker in ihr Bereich ziehen. Ueber das auf den röm. Prozeß einflußreiche griechische Recht s. Platner, Proz. u. Klagen bei den Attikern, 2 Bde. Schömann u. Meyer, der att. Proz. 1824.

2) Obwohl, wie Windscheid, Pand. § 1, 3, mit Recht bemerkt, kein Akt der Gesetzgebung, sondern nur die thatsächliche Uebung, und zwar nicht des Volkes, sondern nur der Juristen, die dazu niemals ein formell verbindliches Mandat der gesetzgebenden Gewalt oder des Volkes besaßen, die Rezeption bewirkte. Vgl. Stobbe, Gesch. der deutsch. Rechtsquell. I. S. 609 ffl. Allmählig beginnt die trostlos schematistische Erklärung und Fixirung eines solchen historischen Vorgangs, der ganz anders begriffen sein will, und die unwahre Fiktion, daß der Wortlaut des Corpus juris, soweit er glossirt, durch Rezeption so zum Gesetz geworden, als ob ihn die gesetzgebende Gewalt proklamirt habe, zu wanken. (Vgl. auch § 7, 9.)

nelle Fiktion, so zeigt doch die genauere Untersuchung bald, daß es unter total veränderten Grundlagen und Voraussetzungen gerade im Gebiete des Prozesses unmöglich ist, den positiven Wortlaut des römischen Gesetzbuchs als unmittelbare Grundlage zu betrachten. Was daraus zu gewinnen, ist Nichts als historisches Material, dessen praktische Gültigkeit erst von der weiteren Frage abhängt, ob die veränderte Beschaffenheit des heutigen Gerichtswesens die Anwendung zuläßt.

Für die Kenntniß des römischen Prozeßwesens im Ganzen aber, die allerdings nicht blos darum wichtig wird, weil sie als der geschichtliche Ausgangspunkt der Prozeßentwicklung erscheint, sondern auch darum, weil die jüngste Zeit durch ihre Reformen augenscheinlich nach dem zurückstrebt, was einst die Römer besaßen, sind, außer den überlieferten Gesetzesresten, einzelnen Gesetzen und Gesetzsammlungen[3]), auch alle die sonstigen Quellen wichtig, welche die Geschichte des römischen Rechts aufzählt. Weder in den Gesetzen, noch in der Literatur gibt es eine technische Trennung des Civilprozesses von dem Civilrecht[4]). Man hat dabei als Hauptstadien der Entwicklung zu unterscheiden[5]):

1) die Zeit der legis actiones als der ältesten Form des Rechtsverfahrens, welche sich bis in das 6. Jahrhundert der Stadt erhielt[6]).

2) die Zeit des ordo judiciorum oder der formula, bis

---

3) Dahin gehören aus dem Cod. Theod. bes. lib. I. tit. 8—12; II. 2. 14. 18. 28; IV. 16; IX. 20; XI. 29. Nov. Theod. I. 10; II. 11. 32; III. 1; IV. 9; aus dem justin. Corpus jur. s. Zusammenstellung bei Linde §. 15, Rudorff, Grundriß § 2.

4) Eine Uebersicht sämmtlicher Quellen s. bes. bei Rudorff, R.R.G. I. u. Bethmann-Hollweg, C.P. I. S. 33; II. S. 1; III. S. 1.

5) Bethmann-Hollweg, C.P. I. S. 31.

6) Eine genaue Specialdarstellung des legis-actio-Prozesses gibt jetzt Bethmann-Hollweg a. a. O. I. Mit Recht bezeichnet ihn derselbe als „Gegenstand priesterlicher Geheimkunde.“ Die Formenstrenge entspricht dem roheren Kulturzustande ebenso, wie der Zusammenhang mit der Religion. Erst mit zunehmendem Verkehr und wachsender Bildung tritt die Theilung der Wissenschaften ein.

in das 3. Jahrhundert nach Christus, das Bild einer echt demokratiſchen Gerichtsverfaſſung und Gerichtsordnung[7]);

3) die Zeit der cognitio nach Aufhebung des ordo judiciorum, das Bild eines bureaukratiſchen Gerichtsweſens unter dem Beamtenrichterthum der ſpäteren Kaiſer[8]).

Die meiſten Bearbeitungen, welche entweder nur den Civilprozeß zum Gegenſtande haben, oder denſelben in Verbindung mit der Geſchichte des materiellen Rechts behandeln, umfaſſen dieſe drei Perioden[9]).

§ 6.

2. Das mittelalterlich-kanoniſtiſche Recht.

Als nothwendiges Mittelglied in der Entwicklung des Civilprozeßrechts, wie des Rechtes überhaupt[1]), erſcheint die Periode derjenigen Behandlung, welche ſeit dem Wiederbeginn des Rechtsſtudiums in Italien unter dem Einfluſſe des kirchlichen Geiſtes der Dogmatik entſtand[2]) und ſich zuerſt über Italien und die ro-

---

7) Ausführlichſte Spezialdarſtellung von Bethmann-Hollweg, a. a. O. II.

8) S. darüber beſ. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. u. Proz. des ſinkenden röm. Reichs; und jetzt C.P. III. Ueber die Bedeutung der einzelnen Rechtsquellen jener Epoche ſ. daſ. § 149.

9) Von den Bearbeitungen ſind zu nennen: Zimmern, röm. R.G. Bd. 3 (noch immer brauchbar); ſodann aber beſ. Puchta, Kurſ. der Inſt. Bd. 2, mehrfach vervollſtändigt von Rudorff, letzte Ausg. 1865; Keller, der röm. Civilproz. 2 Aufl. 1855; Rudorff, R. R.G. 1859 II. —

1) Die Wichtigkeit dieſer Epoche für den Prozeß im Ganzen, abgeſehen von der Spezialdarſtellung einzelner Lehren, beginnt erſt neuerdings genügend gewürdigt zu werden. Es iſt ein unbeſtreitbares Verdienſt von Wetzell, wenn auch nicht überall befriedigend, die kanoniſtiſche Literatur in Berückſichtigung gezogen zu haben.

2) Dieſe Periode ſchließt allerdings, auch für die romaniſchen Länder, nicht unmittelbar an die juſtinianeiſche Zeit an, mit welcher wir im vorigen § abſchloſſen. Wollte man vollſtändig ſein, ſo müßte auch noch der Schickſale gedacht werden, welche das röm. Recht vom 6—12. Jahrhundert namentlich durch Berührung mit germaniſchen Rechtsideen erlitt. Eine Aufzählung der betr. Geſetze ſ. bei Bethmann-Hollweg, Grundriß 3. Aufl. S. 10. Wiſſenſchaftliche, literariſche Behandlung iſt aus dieſer Zeit nicht zu erwähnen.

manischen Länder, später aber auch über Deutschland verbreitete. Es ist die Periode des absoluten Autoritätsglaubens. Quelle des Rechts kann nur die gesetzgebende Gewalt, kirchliche oder weltliche, sein. Wenn scheinbar eine Rechtserzeugung aus dem Volke, oder dessen einzelnen Klassen und Verbänden stattfindet, so gilt diese doch nur so weit, als die gesetzgebende Macht dieselbe innerhalb gewisser Grenzen billigt. Das positive Gesetz und die legale, gerechtfertigte Gewohnheit sind die einzigen Grundlagen der Doktrin, die, ebenso wenig auf Erforschung des geschichtlichen Verlaufs, wie der inneren Gründe der Rechtsgestaltungen gerichtet, sich blind dem nach den dogmatischen Regeln als bestehend geltenden Recht unterwirft und dessen Pflege nur in äußerlicher Wortinterpretation, scholastischen Unterscheidungen und abstrakten Formeln bethätigt [3]).

Dieser Karakter der gesammten Rechtslehre spiegelt sich auch im Prozeß wieder [4]). Keineswegs büreaukratisch geordnet, läuft Alles immer mehr darauf hinaus, durch Fesselung an den Wortlaut der Gesetze oder die absoluten Sätze der von dem kanonischen Geiste beherrschten Doktrin jede Selbstständigkeit sowohl der Parteien, wie des Richters, als vermeintliche Willkühr, auszuschließen. Garantie der Gerechtigkeit und Wahrheit findet solches Mißtrauen nur in der Häufung von Form auf Form.

Grundlage der Theorie, wie der Praxis, blieb zunächst das

---

3) Jene Richtung, welche damals alle Wissenschaft beherrschte und welche durchaus folgerichtig war, nachdem man einmal die Glaubenslehren der Religion zu einem absoluten positiven Dogma gestaltet hatte, ist zwar von anderen Wissenschaften heut zu Tage überwunden. In der Jurisprudenz ist sie nur abgeschwächt, aber lange nicht abgethan. — Wetzell S. 12 bezeichnet die „bloße Formulirung und Konsequenz gesetzlicher Normen" recht eigentlich als „rein wissenschaftliche Erzeugnisse."

4) Man kann also unmöglich der gerade hinsichtlich des mittelalterlichen Rechts sehr gewöhnlichen Auffassung beistimmen, als ob eigentlich die juristische Doktrin bewußt oder willkürlich Alles so zusammengefügt habe, wie es sich vorfindet. S. z. B. Wetzell S. 13. Das ist ein Irrthum, den manche fleißige Arbeiten, so verdienstlich sie sonst sein mögen, befördert haben, indem sie die Lehrmeinungen an einander reihen, ohne irgend den realen Ursachen nachzugehen. Wie gänzlich abhängig war doch in Wirklichkeit die jurist. Doktrin gerade des Mittelalters von Zuständen, die nicht in ihr selbst lagen!

römiſche Recht, abgeſchloſſen in dem Corpus juris Justinianei. Allein abgeſehen von der Verſchiedenheit der kanoniſchen Methode, welche dem Geiſte der römiſchen Rechtsbildung gerade entgegengeſetzt war, erhielt ſich auch der poſitive Beſtand des Corpus juris inſofern nicht rein, als er ſich durch die Berührung der verſchiedenen Nationalitäten mannigfach mit germaniſchen Rechtselementen vermiſchte[5]). Prägte ſich dieſe Berührung zunächſt in der praktiſchen Uebung, dann in Statuten und partikulären Verordnungen aus, ſo empfing ſie eine weitere poſitive Stütze durch die Geſetzgebung der Kirche, die, wenn auch urſprünglich nur auf den Umkreis der Kirche berechnet, doch immer mehr ſelbſt direkt, jedenfalls aber indirekt durch ihren Geiſt des Autoritätsglaubens weiter hinauswirkte. Eben deshalb kann man die ganze Periode mit vollem Recht die kanoniſtiſche nennen, ohne damit die Doktrin der ſog. Legiſten, welche ſich hinſichtlich des inneren Karakters und der Dogmatik von den techniſch ſogenannten Kanoniſten durchaus nicht unterſcheiden, auszuſchließen.

Für die Kenntniß des Prozeßrechts[6]), welches ſich keineswegs

---

5) Die Einwirkung germaniſcher Elemente läßt ſich gewiß nicht verkennen; aber ſie wird m. E. ſehr oft bedeutend überſchätzt. Was das romaniſtiſche Recht des Mittelalters anders macht, iſt viel mehr die Art der Behandlung, als der veränderte Stoff. — Vgl. hierzu Wetzell S. 9. 12. — Durch dieſe falſche Behandlung iſt das römiſche Recht unter den Kanoniſten zum „romaniſtiſchen“ geworden, und, wie ſich leicht darthun läßt, erſt dadurch hat es den Mißkredit erworben, den wahre Einſicht in das Weſen des röm. Rechts, wie ſie uns heute glücklich wieder durch die reine geſchichtliche Forſchung zu Theil geworden, ſelbſt bei der größten Sympathie für nationales Recht nicht theilen kann. Schon deshalb nicht, weil das Geſchehene nicht ungeſchehen zu machen iſt. Wenn freilich die Romaniſten ihre Reſultate blos darum der Gegenwart aufzwingen wollen, weil ſie ſo den poſitiven Wortlaut feſtgeſtellt haben, ſo iſt der alte Vorwurf gegen ſie gerade ſo gerechtfertigt, wie gegen die mittelalterlichen Scholaſtiker.

6) Eine genügende, umfaſſende Darſtellung des kanoniſtiſchen Prozeßweſens exiſtirt bis jetzt nicht. Feßler, der kanon. Prozeß, Wien 1860 behandelt nur den eigentl. kirchlichen Prozeß und zwar nur an einzelnen Beiſpielen. München, das canon. Gerichtsverf., 2 Bde., iſt nur eine Zuſammenſtellung des Materials aus dem röm. u. kan. Corpus juris ohne alle tiefere Begründung.

einheitlich, sondern wie das materielle Recht[7]) in den einzelnen Kreisen höchst mannigfaltig, je nach Bedürfniß, wenn gleich stets unter dem Einfluß desselben Geistes, entwickelte, dienen daher

I. als positive Quellen:

A. vor Allem das Corpus juris canonici in seinem allmählig fixirten Bestand[8]), von dem dasselbe gilt, wie von der justinianeischen Sammlung des römischen Rechts[9]). Indessen müssen für die volle historische Erkenntniß auch nur der kirchlich-kanonischen Rechtspflege alle übrigen Quellen des kanonischen Rechts mitbenutzt werden[10]). Daneben sind die Statuten der Städte oder Landschaften von Haus aus kaum von Aufzeichnungen der Gewohnheit zu unterscheiden[11]), und die vielerlei Erlasse der weltlichen Machthaber, welche immer zahlreicher und entschiedener als Gesetzgebungsakte der Herrschaft auftreten, zu berücksichtigen[12]). In der Gesetzgebung und Aufzeichnung der Gewohnheit findet übrigens das Prozeßrecht nirgends eine von dem materiellen Recht getrennte Behandlung.

Dasselbe gilt:

II. Von der Literatur insofern, als sich in den Schriften der Glossatoren, Postglossatoren und Kommentatoren die Lehren des materiellen und des prozessualischen Rechts vermischen[13]). Indessen begann schon zur Zeit der Glossatoren der Prozeß zugleich Gegenstand besonderer Darstellung zu werden[14]). Nachdem seit

---

7) Vgl. Endemann, Handelsrecht S. 14.

8) Richter, Lehrb. des Kirchenrechts. 6. Aufl. § 54.

9) Die für den Prozeß wichtigsten Titel s. bei Linde § 16.

10) Richter a. a. O. § 27 ffl.

11) Daß das auch in Frankreich die Geschichte der Rechtsquellen war s. Schäffner, Gesch. der R.-Verfassung Frankreichs III. c. 1—3.

12) Eben weil es Irrthum wäre, anzunehmen, daß kanonistisches Recht nur in der Legislation der Kirche zu finden.

13) Was sie von letzterem bieten, ist natürlich nur Einzelnes, gelegentlich der Erklärung einzelner Gesetze der Corpora juris; oft unter Angabe statutarischer und partikularer Abweichungen. — Eine Aufzählung gehört nicht hierher; vgl. bes. Savigny, Gesch. des R.R. im Mittelalt. 2. Aufl. 1834—1851.

14) Eine Gesammtübersicht mit Aufzählung der Ausgaben der hierher gehörigen Literatur s. O. A. Walther, die Lit. des gem. ord. Civilproz. Nordhausen 1865; vgl. dazu die Berichtigungen von de Wal, Beiträge

dem 12. Jahrhundert[15]) eine Reihe von Schriftſtellern mit mehr oder minder ausführlichen Werken des Prozeßrechts aufgetreten waren[16]), wurde gegen Ende des 13. Jahrhunderts aus den geſammten Reſultaten der ſeitherigen Doktrin das große Werk des Durantis kompilirt[17]), welches in der Folge durch Zuſätze Anderer[18]) noch Erweiterungen erhielt. So ſehr erſcheint dieſes Werk als ein Mittelpunkt, daß es für alle Folgezeit die Grundlage der kanoniſtiſchen Lehre blieb[19]).

---

zur Literaturgeſch. des Civilproz. Erl. 1866; und Muther, Z. f. R.G. VI S. 206; jetzt auch Stintzing, Geſch. der popul. Literatur des röm.-kanon. Rechts in Deutſchland 1867. — Ich werde im Folgenden nur einige der wichtigſten Werke anführen und ſpäter in den Citaten jede nutzloſe Häufung vermeiden. Eine Menge von Citaten namentlich aus der kanoniſt. Periode hat um ſo weniger einen Zweck, als das Werk des Durantis (ſ. Not. 17) wirklich den Geſammtbeſtand des Prozeßrechts darbietet, und als ohnehin die Doktrin überhaupt einen durchaus ſtereotypen Zuſchnitt bewahrt.

15) Ueber die beiden älteſten Prozeßſchriften: Petri exceptiones legum Rom. und den Brachylogus ſ. Stintzing S. 72 ffl.; über einen tract. actionum, der noch älter ſein ſoll, ſ. Stintzing in Z. f. R.-G. V S. 322; VI S. 269 u. dagegen Mommſen daſ. VI S. 82.

16) Sie heißen oft Summae. So die Summa des Bulgarus, Bassianus, beſ. aber des Damasus u. A. Es genügt für die Kenntniß jener Zeit vollkommen, die ſchon einigermaßen ausführlicheren Werke: Pillius, de ord. judiciorum und Tancredus, ordo judiciorum (beide edid. Bergmann, Gott. 1842); ſ. Walther § 13. 14 u. de Wal § 13. 14) zu ſtudiren. Vgl. außerdem die Aufzählung bei Wetzell § 3, 6 u. 7. Renaud S. 21. Daß ſich ſeit Mitte des 13. sec. die Methode „verflacht", kann ich darum nicht finden, weil von dem Standpunkte des heutigen Urtheils aus die Leiſtungen des 12. sec. im Weſentlichen um gar Nichts beſſer ſind, als jene. Allein es iſt einmal herkömmlich, vor der Schule der Gloſſatoren eine größere Hochachtung zu hegen.

17) Guil. Durantis, speculum judiciale (zuerſt 1272 erſchienen); ſ. über die Ausgaben Savigny V S. 588.

18) Die additiones des Joann. Andreae u. Baldus (Wetzell Not. 9), den Ausgaben des Durantis regelmäßig mitbeigedruckt.

19) Manche der ſpäteren Werke ſind geradezu nur Ueberarbeitungen, oder kürzere Auszüge aus Durantis. Aber auch die übrigen ruhen auf demſelben Fundament. — Von den hieher gehörigen Schriftſtellern (ſ. Walther § 35 ffl., Wetzell Not. 10), für welche der „Schluß des Mittelalters" (Walther § 67) auch nicht entfernt eine Grenze bildet und zu denen auch viele unten zu erwähnende deutſche (§ 7, 10) zu zählen ſind,

3. Das deutsche Recht.

§ 7.

a) Bis zu Ende des 15. Jahrhunderts.

I. Das Gerichtsverfahren der ältesten Zeit entsprach durchaus den germanischen Ideen über das Verhältniß des Einzelnen zur Gesammtheit. Es ist ursprünglich nur, wie man es passend genannt hat, eine „organisirte Selbsthülfe" [1]). Quellen für die Kenntniß desselben sind die Volksrechte [2]) (leges Barbarorum), die Kapitularien [3]) und Formelbücher [4]).

Zugleich mit dem öffentlichen Wesen und dem Kulturzustand erfuhren auch Gerichtsverfassung und Prozeß bedeutende Umwandlungen. Wenn diese auch von einheitlich nationalen Rechtsideen getragen wurden, so findet sich doch, indem der zunehmende Verfall des Reiches den Rückhalt einer einheitlich-positiven Gesetzgebung entzog und die Idee feudal-patrimonialer Innehabung die Gerichtsbarkeit zersplitterte, die Quelle des Prozeßrechts, wie in Italien, nur in lokalen oder territorialen Gewohnheiten, die hier und da in größerem oder geringerem Umfange durch Aufzeichnung und Gesetzgebung fixirt wurden. Hierher gehören als Quellen

---

genügt es, folgende zu nennen: Joann. Andreae, ordo s. proc. judic. Stintzing S. 202 u. Muther, Z. f. R.G. III. S. 188), Bartolus, de ord. judic. (das. S. 220 u. Reatz, Z. f. R.-G. III S. 301); Baldus, practica judic. (Walther, § 55); Nicol. de Tudeschis (Panormitanus, Abbas), proc. judic. (§ 59); Lanfrancus de Oriano, practica (das. § 60); Rob. Maranta, tractatus de ord. jud. (das. § 79). — Außerdem würden, wollte man vollständig sein, auch die praktisch-kasuistischen Werke, meist Consilia genannt, eines Bartolus, Bardus, Alex. Tartagnus u. A. zu erwähnen sein, die viel prozeßrechtliches Material enthalten.

1) Durch sein rein demokratisches Gepräge vielfach an den älteren röm. Prozeß erinnernd.

2) S. bes. L. Sal. tit. 1. 50. 57. 60; L. Rip. 87. 88. L. Alam. 36. 84. 94; L. Bajuv. 2. 15. 16; L. Burg. 15. 22. 55; L. Angl. 12 15; L. Fris. 3. 7; L. Visig. II, 1—5.

3) Bes. edict. de a. 561. 581; Cap. de a. 755. 791. 801. 803. 811. 812. 819. 829. 835.

4) Marculf, form. I. 17 und app. I.; form. Bign. I, 3. Vgl. über alle diese Rechtsquellen Stobbe, G. d. d. R. Qu. I, 1 § 23. 24.

die sogen. Rechtsbücher[5]) und die an sie anschließenden Darstellungen des Rechtsgangs[6]).

Theoretisch-wissenschaftliche Bearbeitungen fehlen in jener Zeit noch gänzlich[7]). Solche treten erst auf

II. seit dem 14. Jahrhundert unter dem Einfluß der in Italien gepflegten, romanistisch-kanonistischen Rechtslehre. Schon in den früher erwähnten (s. Not. 6) praktischen Rechtsbüchern macht sich zum Theil diese Richtung geltend, welche in der Folge[8]) noch sichtlicher hervortrat. Allmählig wird der Einfluß der in Italien ausgebildeten Scholastik so überwiegend[9]), daß im Wesentlichen nur Uebersetzungen und Ueberarbeitungen italienischer

---

5) Sachsenspiegel, Schwabenspiegel, das kleine Kaiserrecht; s. Stobbe I, 1 § 28 ffl.

6) Die Richtsteige Land- u. Lehnrechts, Cautela u. Premis. Wetzell § 3 Not. 15. S. im Weiteren Stobbe a. a. O. § 37.

Auch die praktischen Rechtsbelehrungen, wie das sächs. Weichbild, die Magdeburger Fragen, die Distinktionen (s. Wetzell a. a. O.; Stobbe das. § 38 ffl.) bieten Manches dar.

7) Neuere Darstellungen des gesammten altdeutschen Gerichtsverfahrens finden sich bes. in den Werken über deutsche Rechtsgeschichte. S. bes. Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgesch. Bd. 1—4. 5. Aufl. 1844. Zöpfl, deutsche Staats- u. Rechtsgesch. 3. Aufl. 1859. Walter, deutsche Rechtsgesch. 2. Aufl. Schulte, Lehrb. der deutschen Reichs- u. Rechtsgesch. 1861.

Noch immer theilweise benutzbar, wenn auch durch neue Forschungen vielfach überholt: Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen, 1820. Meurer, Gesch. des altgerman. Gerichtsverf. 1824. Sodann Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 745 ffl. Für die älteste Zeit: Siegel, Gesch. des deutschen Gerichtsverf. Bd. 1. 1857. — Andere nur die Gerichtsverfassung oder einzelne Theile des Verfahrens betreffende Werke sind unten an ihrem Orte zu erwähnen. — Vgl. auch Wetzell Not. 27.

8) Bes. zu nennen: Purgoldt's Rechtsbuch (um 1500) s. Wetzell, Not. 16.

9) Das ist eigentlich das Wichtigste an der sog. Rezeption der fremden Rechte, daß die deutsche Nation die eigene, aus sich erzeugte Rechtsbildung verlor und sich lediglich der Autorität der Juristen u. Gesetzgeber beugte, welche ihr ein fremdes, unverstandenes Recht auflegten. Daß diese Erscheinung nicht mit einigen „trefflichen pragmatischen Maximen", geschweige denn durch hohle doktrinelle Fiktionen (s. § 5, 2) erklärt werden kann, ergibt sich für Jeden, der nur einigen Sinn für Kulturgeschichte hat, von selbst. Vgl. Stobbe I. S. 609 ffl. s. dazu Muther, Z. f. R. G. III. S. 188.

Ganz abgesehen von der Kritik der dürftigen Gründe, aus denen

Schriftsteller, welche sich bis in das 16. Jahrhundert hineinziehen, zum Vorschein kommen [10]).

§ 8.

b) Vom Ende des 15. bis zu Ende des 18. Jahrhunderts.

Das Ende des 15. Jahrhunderts bezeichnet dadurch einen Abschnitt, daß seit der Einrichtung der Reichsgerichte (s. § 19. III) für das Prozeßrecht, seine Gesetzgebung und Literatur der Reichsprozeß dem partikularen Prozeß gegenübergestellt werden muß. Indessen ist oder wird wenigstens allmählig dieser Gegensatz ein blos äußerer. Wenn auch, während in den Reichsgerichten von Anfang an die romanistisch-kanonistische Richtung herrschte, in einem Theile der Partikulargerichte erst später, zum Theil sogar bedeutend später, das fremde Recht rezipirt und selbst dann noch viel mehr aus dem germanischen Rechtsstoff bewahrt wurde

---

das große Ereigniß des Verlustes eines nationalen, fortwährend aus dem Volke heraus erzeugten Rechtszustandes, nothdürftig gefolgert wird (z. B. die Verkehrsbeziehungen, Kriegs- und Studentenzüge nach Italien), ist also nicht die Aufnahme des fremden Rechtsstoffs das Wesentliche. Trotz Rezeption ist Vieles aus dem Corp. jur. nie praktisch geltend geworden und umgekehrt vieles Germanische erhalten geblieben. Aber selbst der germanische Rechtsstoff unterlag von nun an derselben Methode. Der Geist des Autoritätsprinzips und der daraus hervorgegangenen technisch-juristischen, d. h. scholastischen Methode ist das mit der seitherigen germanischen Tradition brechende und für die Folge entscheidende Moment gewesen. Kein Volksrecht mehr, sondern Autoritätsrecht, geistige Unfreiheit der Rechtslehre und Rechtsbildung; von dieser Seite her muß die Rezeption aus den trostlosen Zuständen des geistig und politisch unfrei gewordenen Volkes erklärt werden; auch dann noch, wenn man, was ohnehin für das Prozeßrecht nicht zutrifft, weil das damals gar nicht verstanden wurde, mit in Erwägung zieht, daß das römische, oder vielmehr romanistisch-kanonistische Recht das vollkommenere war. Windscheid, Pand. I. S. 2. Denn daß die größere wissenschaftliche Güte nicht maßgebend ist, lehrt die Nichtrezeption in Ländern (England, Nordfrankreich; Windscheid S. 4, 8), deren nationales Recht nicht besser war, als das deutsche.

10) Hier sind bes. zu nennen: — s. im Weiteren Wetzell Not. 17 und Stintzing (s. § 6, 14) S. 197 ffl. S. 337. 411. — Joan. Auerbach, proc. judic. 1489; Ulrich Tengler, Laienspiegel 1509; Seb. Brandt, der richterliche Klagspiegel 1516; J. Gobler, Spiegel der rechten, 1552 u. a. — Renaud S. 22.

(vgl. Not. 8), als dort der Fall war, ſo wurde doch die Methode der Rechtsbehandlung in Legislation, Praxis und Theorie immer ſichtlicher für beide gleichartig. Allmählig verlor ſich ſeit dem 17. Jahrhundert ſelbſt das gründlichere Studium der italieniſchen Doktrin. Geſetzgebung und Lehre zogen ſich noch weiter von der Kenntniß der Quellen und des geſchichtlichen Weſens der Prozeßinſtitutionen zurück. Der Autorität bedürftig lehnte ſich die Doktrin lediglich an die ſchematiſtiſch-künſtlichen Erörterungen einzelner anerkannter Rechtslehren, deren Anſehen uns heute oft mehr als zweifelhaft erſcheinen muß; verſank die Praxis unter der patrimonialen Geſtaltung des Gerichtsweſens in todten Formalismus; verſtand die Geſetzgebung Nichts zu beſſern, als höchſtens Aeußerlichkeiten [1]).

I. Der gemeine oder Reichsprozeß hat

A. ſeine Quellen theils in den Reichsgeſetzen, unter denen mehrere geradezu Prozeßordnungen ſind [2]), theils in dem Gerichtsgebrauche der Reichsgerichte, der ſich in Präjudizien und Beſchlüſſen äußerte [3]).

B. eine zahlreiche Literatur, beſtehend theils aus praktiſchen Erläuterungen einzelner Fälle [4]), theils aus ſyſtematiſchen Darſtellungen des Prozeſſes [5]).

---

1) Das Urtheil Wetzell's S. 20 über dieſe Periode iſt gewiß nicht zu hart.

2) Eine Zuſammenſtellung der wichtigſten hierher gehörigen Kammergerichts-, Reichshofrathsordnungen, Reichsabſchiede, Deputations- u. Viſitationsabſchiede ſ. Wetzell § 2 Not. 5; Renaud § 4; Stobbe I, 2 S. 191 ffl.

3) Ueber die Präjudizien, gemeinen Beſcheide, conclusa pleni und dubia cameralia u. deren Definitionen ſ. Wetzell a. a. O. — Sammlungen der Reichsprozeßquellen: Corpus juris cameralis von Ludolff, Frankf. 1724; Bergmann, corp. jur. judiciarii civil. german. academ. 1819; Emminghaus, Corp. jur. germanici tam publici quam privati academicum 2. Aufl. 1844.

4) Unter dieſen unbedingt am wichtigſten: J. Mynsinger a Frundeck, singul. observationum cam. cent. IV. 1863; A. Gaill, practic. observationum etc. libri II. 1578. — Wetzell § 3 Not. 20.

5) Allenfalls hervorzuheben: G. A. Meurer, Kammergerichtsprozeß 1577; Schwannemann, de processibus camerae imp. lib. II., 1651; J. E. Rosbach, practica civilis, 1599; J. Blum, proc. cameralis 1665; J. St. Puetter, conspectus rei judic. Imp. 1748; W. A. Fr. Danz, Grundſätze des reichsgerichtl. Prozeſſes 1795; Malblanc, Con-

II. Der partikulare Prozeß der einzelnen Territorien, zumal der größeren, welche seit dem westfälischen Frieden vollends selbstständig wurden. Während es unmöglich erscheint, an dieser Stelle die Masse partikularer Gesetze, Gewohnheiten und Bearbeitungen zu berücksichtigen[6]), muß doch wegen ihres Einflusses auf die Gestaltung des späteren gemeinen Rechts eine Erscheinung besonders erwähnt werden[7]). Wissenschaft und Gesetzgebung[8]) schufen in den Ländern des sächsischen Rechts einen Prozeß, der sich dadurch in Gegensatz zu dem Reichsprozeß stellte, daß er theilweise germanische Prozeßinstitute und Rechtssätze wenigstens äußerlich und dem Namen nach bewahrte[9]), wenn auch die durch Zahl und inneren Werth bedeutende Literatur derselben kanonistisch-scholastischen Richtung folgte, wie die des Reichsprozesses[10]).

III. Es erklärt sich vollkommen aus der Stellung der Territorien zu dem Reich seit dem westfälischen Frieden, daß von da ab der Prozeß der Reichsgerichte den Karakter eines gemeinen deutschen Prozesses verlor und die partikularen Prozeßrechte als gleichberechtigte Bestandtheile neben sich anerkennen mußte. Bei der inneren Uebereinstimmung der Methode, sowohl in den partikularen Prozeßrechten unter sich, als auch im Verhältniß zu dem Reichsprozeßrecht[11]), war es möglich, dasjenige, was den territorial- und Reichsrechten gemeinsam, zusammenzustellen. Es ließ sich sol-

---

spectus rei judic. romano-german. 1797 u. Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- u. Provinzialgerichtsverfassung u. Praxis. 4 Bde. 1791. — S. im Uebrigen Wetzell a. a. O. Not. 20; Renaud S. 25 ffl.

6) S. unten § 10 u. Stobbe I, 2 S. 256 ffl.

7) S. dazu J. G. Ludolff, de differentiis processus judic. cam. imp. a processu judic. Saxon. 1714 u. Stobbe, I, 2 S. 262.

8) Von den älteren Gesetzen am wichtigsten die Sächs. Proz.-Ord. von 1622 und die erläuterte Proz.-Ord. von 1724. S. die Einleitung von Schletter zu dem in § 10, nach Not. 18 bezeichneten Werk.

9) Wetzell S. 17.

10) Aus der Reihe der Schriftsteller (s. Wetzell § 3 18. 19 u. Renaud S. 23) verdienen hervorgehoben zu werden: Ch. König, Prozeß u. Practica 1541; Pet. Termineus, gerichtl. Prozeß des geschriebenen Rechts 1570; ganz besonders: B. Carpzovii processus juris in foro saxon. 1657. Dazu dann noch eine Menge von observationes, consilia, meditationes u. dgl.

11) Dessen Bedeutung nothwendig immer mehr abnahm, s. § 9.

chergeſtalt ein gemeiner Prozeß, zu dem das Bewußtſein der nationalen Zuſammengehörigkeit drängt, da ihm die reale Grundlage der Reichsverfaſſung fehlte, auf dem Wege wiſſenſchaftlicher Abſtraktion konſtruiren. Immerhin war es ein Fortſchritt, daß, wiewohl keineswegs die geſonderte Bearbeitung des Reichs= oder einzelnen Partikularrechts dadurch verdrängt wurde, ein Theil der Theoretiker in dieſem Sinne ihr Streben einem gemeinen Prozeß zuwandten [12]).

c) Seit Ende des 18. Jahrhunderts.

§ 9.

aa) Der gemeine Prozeß.

Angeſichts der traurigen Zuſtände des Prozeßrechts, zu denen, wie im vorigen § dargeſtellt, der Autoritätsglaube und Schematismus der Juriſten geführt hatte, war es ſehr erklärlich, daß ſich, grade bei den Verſuchen, ein einheitlich allgemeingültiges Prozeßrecht aufzuſtellen, in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts im Zuſammenhang mit den Strömungen, welche ſich auch auf andern Gebieten des Geiſteslebens kund gaben, eine heftige Oppoſition erhob. Eine Reihe von Juriſten wollte geradezu mit der traditionellen Doktrin brechen und den Prozeß anſtatt aus dem todten Material der juriſtiſchen Scholaſtik aus der Natur der Sache und dem ſog. Naturrecht konſtruiren [1]).

Der Einfluß dieſer Schule auf die Partikulargeſetzgebung

---

12) Hierher gehören beſonders (ſ. Wetzell Not. 21): ſchon Brunnemann, tract. juridicus de processu fori etc. 1659; ſodann Ludovici, Einleitung in den Civilproz. 1707; Knorre, Anleitung zum gerichtl. Proz. 1734; J. Eſtor, Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozeſſes, 1774; J. Claproth, Einleitung in den ord. bürg. Proz. 1779; Danz, Grundſätze des ord. Proz. 1791, 4. Aufl. von Gönner 1821. — Renaud S. 27. Außerdem würde man eine Reihe von Partikularſchriftſtellern, beſ. ſächſiſchen, anführen können, wie Martin, Leyſer u. A., die, wie auch ſchon manche ihrer Vorgänger, doch über das Partikulare bedeutend hinausgehen.

1) So beſ. N. Th. v. Gönner, Handbuch des deutſchen gem. Proz. 4 Bde. 1801 u. 1804; C. von Grolman, Theorie des Verfahrens in bürg. Rechtsſtreitigkeiten, 5. Ausg. 1826; L. H. von Almendingen, Metaphyſik des Civilproz. 1806; zum Theil auch Mittermaier, der gem. deutſch. bürg. Prozeß. 2. Aufl. 1827—1840. — Wetzell § 3 Not. 24; Renaud S. 27.

und auf die Theorie, in welcher der gemeine Prozeß seit Untergang des Reiches allein noch existirte, war nicht gering.

Allein so berechtigt der Widerstreit gegen die alte Schule erschien, das Schwierige der Absicht, das gerichtliche Verfahren nach den abstrakten Prinzipien des Naturrechts zu bilden, bedingte nothwendig einen Rückschlag. Gegenüber der Schule des Naturrechts trat die historische Schule auf [2]). Nun erst begann die geschichtliche Erforschung, insbesondere des römischen Prozesses, welche freilich von Manchen so einseitig und so verkehrt [3]) betrieben wurde, daß auch hier die Anfechtung, vor Allem der Germanisten, nicht ausblieb [4]). Noch länger dauerte es, bis das mittelalterlich-kanonistische Recht in den Kreis der Betrachtung gezogen wurde (§ 6, 1).

Soll aber die historische Behandlung, anstatt blose Alterthumskunde zu sein, der Gegenwart praktischen Nutzen bringen, so hat sie nicht allein die geschichtlichen Zustände, sondern auch die geschichtlichen Ursachen darzulegen. Nur so wird die mißverständige Anwendung der Vergangenheit angehöriger Institute und Lehren auf die Jetztzeit vermieden, wo andere Ursachen und Voraussetzungen andere Einrichtungen bedingen. Das stete Werden der Rechtsgestaltungen nach seiner innern Nothwendigkeit ist es, was die Geschichte zu lehren hat, und nicht eine Summe positiver, vermeintlich [5]) ein für allemal bestehender Rechtsnormen [6]).

---

2) Ueber den Widerstreit der Schulen auf dem Gebiete des materiellen Civilrechts s. Windscheid, Pand. § 8 ffl.

3) In der irrigen Auffassung, als ob unmittelbar das röm. Recht Gesetz der Gegenwart sei. Wenn das das Ziel der hist. Forschung sein sollte, so bliebe der Autoritätsglaube und die Scholastik dieselbe, wie früher. Man setzte nur an die Stelle der Autorität, welcher die Vorgänger sich unbedingt unterworfen hatten, nämlich irgendwelcher berühmter Namen bis zu den Glossatoren herab, die absolute Autorität der röm. Juristen und Gesetzgeber.

4) Wenn auch Niemand daran hat denken können, auf Grundlage des altgerm. Verfahrens einen echt deutschen Prozeß der Gegenwart aufzubauen, so hat doch die Neigung, germanische Rechtsideen zu suchen, und, kann man wohl hinzufügen, sie zu finden, sobald irgend eine äußere Aehnlichkeit zu entdecken ist, auf einzelne Partieen der Prozeßlehre erheblich eingewirkt.

5) D. h. nach der Meinung, zu welcher sich die Doktrin selber überredet, so lange sie auf dem scholastischen Wesen steht.

6) S. über die einzuschlagende Methode § 15.

Unvermeidlich haben alle Wandlungen, welche die Doktrin erfahren hat, in Verbindung mit den praktischen Erfahrungen der letzten Decennien, zugleich eine große Rückwirkung auf die neuere Gesetzgebung geäußert (s. § 10).

Es sind nun noch die Rechtsquellen und die Schriftsteller des praktischen gemeinen Prozesses zusammenzustellen.

I. An Rechtsquellen existiren für den gemeinen Prozeß

A. positive Gesetze nur in einigen wenigen Bestimmungen der Bundesgesetze, welche sich auf Prozessualisches beziehen [7]). Indessen haben die nationalen Bestrebungen der Neuzeit unter Anderem auch die Gedanken an eine einheitliche Gestaltung des Civilprozeßverfahrens für ganz Deutschland wachgerufen [8]). Auf Beschluß der Bundesversammlung wurde noch in letzter Zeit der Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung [9a]) bearbeitet, und nach Auflösung des deutschen Bundes ist in der Verfassung des norddeutschen Bundes Art. 4 Nr. 13 die Herstellung einer gemeinsamen Civilprozeßordnung geradezu in Aussicht genommen [9b]).

B. Der ungeschriebene Gerichtsgebrauch wird erkannt aus der Praxis der Gerichte. Als Zeugnisse derselben dienen die Präjudizien, namentlich der höchsten Gerichtshöfe [10]).

---

7) So B. A. vom 8. Juni 1815 Art. 11—12; B. B. von 1817. W. Schl. A. von 1820 Art. 18—31. B. B. vom 28. Febr. 1833. B. B. vom 30. Okt. 1834. B. B. vom 6. Mai 1842. B. B. vom 15. Sept. 1842.

8) Es war das eine der ersten Forderungen des Juristentags; s. Verhandl. des deutschen Juristentags I. S. 13. Ueber die Reformbestrebungen im Allg. s. Renaud § 5 Not. 19.

9 a) Von einer Kommission ausgearbeitet, welche zu Hannover getagt hat, an der aber Preußen und eine Anzahl anderer Staaten keinen Antheil genommen haben. Das Ergebniß ist erschienen unter dem Titel: Entwurf einer allgemeinen deutschen Civil-Proz.-Ordnung (nach den Beschlüssen 2. Lesung 1866). S. dazu die bei Renaud § 5 Not. 20 angeführten Kritiken.

9 b) Auf welcher Grundlage, ob namentlich auf der des (Not. 9a) gedachten oder des unten (§ 10) zu erwähnenden preußischen Entwurfs muß abgwartet werden.

10) Für den Civilprozeß, wie für das materielle Civilrecht gesammelt in J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, seit 1847 bis jetzt Bd. 1—20.

II. Die Literatur des gemeinen Prozesses, dessen Begriff in demselben Maße schwieriger wird und dessen doktrinelle Darstellung in demselben Maße an praktischem Werth verliert, als der Partikularprozeß gründliche Umgestaltung erfahren hat[11]), besteht

A. aus mehr oder minder umfassenden Darstellungen des gesammten oder doch des ordentlichen Civilprozesses in Lehrbüchern, Handbüchern oder Systemen[12]);

B. aus kurzen Grundrissen, allenfalls unter Angabe der Quellen und Literatur[13]);

C. aus Abhandlungen über einzelne Materien, die an ihrer

Außerdem die Zeitschriften des partikularen Rechts, s. überh. Vangerow, Pand. I. § 10a N. 4, welche sämmtlich auch civ.-proz. Präjudizien mittheilen. Einige ders. s. bei Renaud S. 31.

11) Schon jetzt ist es fast unthunlich, den gemeinen Prozeß, wie in der Regel noch geschieht, vom Standpunkt der Schriftlichkeit, formalen Verhandlungsmaxime u. dgl. darzustellen, nachdem dieses Wesen des Prozesses in dem größern Theile Deutschlands bereits verschwunden.

12) Hierher gehören bes. 1) Chr. Martin, Lehrbuch des deutschen gem. bürg. Prozesses; zuerst Gött. 1800, den Anfang einer neuen Richtung bezeichnend; 13. Aufl. von Th. Martin besorgt 1862. An dieses Werk schließen sich an: Chr. Martin, Vorlesungen über die Theorie des deutsch. gem. bürg. Proz., unter des Verf. Mitwirkung herausgegeben von Th. Martin, 2 Bde. 1855—57; sodann Morstadt, Materialcritik von Martin's Lehrbuch, Heidelb 1828 u. dess. vollständ. Commentar über Martin's Lehrb. 2 Bde. 1825; J. C. Gensler, Handbuch zu Martin's Lehrb. 1821; C. J. Guyet, vollst. Commentar in fortlaufenden Diktaten 1825. — 2) J. T. B. Linde, Lehrbuch des gem. deutsch. Civ.-Proz. 1825; 7. Aufl. 1850 und Handbuch des deutsch. bürg. Proz. Bd. 4 u. 5 1831 u. 1840. — Sodann entschieden der histor. Richtung angehörend: 3) A. W. Heffter, Institutionen des röm. u. teutschen Civ.-Proz. 1828; System des röm. u. teutschen Prozeßrechts 1843. — 4) A. Chr. J. Schmid, Handbuch des gem. deutsch. Civ.-Proz. 5 Bde. 1843—1845. — 5) H. Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civ.-Proz. 1828; 9. Aufl. 1865. — 6) R. Osterloh, Lehrbuch des gem. deutsch. ord. Civ.-Proz. 2 Bde. 1856. — 7) G. W. Wetzell, System des ord. Civ.-Proz. 2. Aufl. 1865. — 8) A. Renaud, Lehrb. des gem. deutschen Civilprozeßrechts; 1867.

13) Manche davon müssen bereits für veraltet gelten. Der jüngste ist: Böcking, Grundriß zur Vorles. über den gem. deutsch. Civ.-Proz., Bonn 1852. Noch immer zu brauchen sind die Grundrisse von Mühlenbruch, Bethmann-Hollweg und Rudorff. S. darüber Wetzell § 3 Not. 29.

Stelle anzugeben sind. Sammlungen von solchen enthalten die dem gemeinen Recht gewidmeten Zeitschriften[14]).

§ 10.
bb. Der partikulare Prozeß.

Wenn schon die unmittelbare praktische Erfahrung Reformen des Civilprozesses, dessen überlieferter Zustand geradezu unerträglich war, zum unabweislichen Bedürfniß machte, so mußte dazu zugleich die bessere Kenntniß der Prozeßinstitutionen beitragen, welche theils aus dem Zurückgehen auf die Natur der Sache, theils aus der geschichtlichen Forschung entsprang. Von dem Ziele einer einheitlich deutschen Gesetzgebung einstweilen ausgeschlossen, blieb die Umgestaltung bisher (s. § 9, 8 u. 9) Sache der Partikulargesetzgebung. Unbestreitbar hat hierbei in mehreren Staaten die Bekanntschaft mit der französischen Prozeßordnung seit Ende des vorigen und im Anfange dieses Jahrhunderts[1]) sehr viel zu der Umstimmung der Ansichten beigetragen. Zunächst beschränkte sich die Reform auf Abkürzung und Verbesserung des bestehenden schriftlichen Prozesses. Allein allmählig fühlte man sich genöthigt, immer tiefer auf die Grundprinzipien zurückzugehen, und das neueste Stadium der Partikulargesetzgebungen bezeichnet durch die Annahme des Mündlichkeitsprinzips, mit welcher am entschiedensten zuerst die hannöverische Prozeßordnung von 1850 vorging, in der That, wenn auch nicht das Ende, doch den Anfang einer totalen Umgestaltung des gesammten Prozeßrechts. Freilich war damit, je thätiger die Partikularlegislation sich erwies, bei der Verschieden-

---

14) Von bestehenden Zeitschriften sind für den Prozeß bes. zu erwähnen: 1) das Archiv für civ. Praxis, seit 1818, Bd. 1—49. 2) die Zeitschrift (Linde's) für Civilrecht u. Proz., seit 1828, Bd. 1—20 u. N. Folge Bd. 1—22. 3) Archiv für prakt. Rechtswiss., seit 1852, Bd. 1—10 u. N. F. Bd. 1—4; für das Geschichtliche auch 4) Zeitschrift f. Rechtsgeschichte (herausgeg. von Böhlau u. A.) Bd. 1—6. Indessen enthalten auch die übrigen Zeitschriften allerlei Prozeßrechtliches; s. Verzeichniß ders. bei Vangerow, Pand. I. S. 29 ffl. Windscheid, I. § 12a.

1) So, ganz abgesehen von den linksrhein. Ländern, welche das französische Verfahren behielten, z. B. in Kurhessen, das seine fortgeschrittene Rechtspflege zum guten Theil dem Umstande verdankt, daß während des Königreichs Westfalen mit dem alten Geiste des Prozesses gründlich gebrochen wurde.

heit der Stimmung in den einzelnen Ländern die Gemeinsamkeit der Prozeßrechte vollends zerstört und der aus dem Partikularen zu abstrahirende gemeine Prozeß großentheils zu einem wesenlosen Schattenbilde geworden. Gerade deshalb empfindet sich, seitdem die partikularen Reformen den Zustand der deutschen Rechtspflege so buntscheckig gestaltet haben, für den zunehmenden Verkehr die Nothwendigkeit einer einheitlichen Prozeßgesetzgebung um so lebhafter [2]).

Im Folgenden sollen nun für die einzelnen deutschen Länder die hauptsächlichsten Grundlagen [3]), Bearbeitungen und Materialsammlungen des neueren [4]) Partikularprozesses angeführt werden.

1. Oestreich. Gesetze: Gerichtsordnung Josef's II. von 1781 mit mancherlei späteren Modifikationen; bes. V.O. vom 21. Juli 1846, neue Gerichtsorganisationsgesetze vom 14. Juni 1849 und 18. Juni 1850. Ueber die Bearbeitungen s. Stubenrauch, bibl. jurid. austriaca, 1847; sodann C. Beidtel, Handbuch des österr. Gerichtsverfahrens 1853, woselbst in der Einleitung Quellen und Literatur ausführlich angegeben sind; sowie Füger-Wessely, gerichtl. Verf. in Streitsachen, 7. Auflage, herausgeg. v. M. Damianitsch 1862.

2. Preußen hat dermalen verschiedene Prozeßrechte

a. in den alten (schon vor 1866 zu der Monarchie gehörigen) rechtsrheinischen Provinzen. Dort gilt seit 1793 die allgemeine Gerichtsordnung für die preuß. Staaten [5]), an welche sich die neueren Prozeßgesetze von 1833, 1846, 1849, 1851 und 1852 reformirend anschließen [6]). Jetzt liegt ein auf reinster

---

2) Die Fortschritte der Legislation sind dargestellt in einer Reihe von Aufsätzen durch Mittermaier in dem Archiv für civ. Prax. von Bd. 1—50 (Osterloh, gem. Proz. § 46 Not. 3).

3) Die älteren Partikulargesetze, wenn auch nur die wichtigsten, hier zusammenzustellen, ist unthunlich.

4) Ueber die älteren Partikularrechte s. Mittermaier, der gem. bürgerl. Proz. 2. Ausg. S. 23 Nr. 3. Mühlenbruch, Grundr. S. 7; Bethmann-Hollweg, Grundr. S. 3; Rudorff, Grundr. § 3.

5) Ueber deren Entstehung s. Bluhme, Encyclop. 3. Aufl. I. § 156 ffl.

6) S. darüber Bluhme a. a. O. § 160 und bis 1848 Abegg, Versuch einer Gesch. der preuß. Civ.-Proz.-Gesetzgebung.

Mündlichkeit beruhender Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten vor [7]).

Von den zahlreichen Bearbeitungen des seitherigen Prozeßrechts sind besonders zu nennen außer dem betr. Theil des Kommentars von Rönne (1858) und den Darstellungen von Stoltze, Ladenberg, Daniels: Heffter, Civ.-Proz. im Gebiete des allg. Landrechts 1856; C. Koch, der preuß. Civ.-Proz. 2. Aufl. 1854 und die Prozeßordnung nach ihrer heutigen Geltung, 5. Aufl. 1865; Buddee, Grunds. des heut. Preuß. Civ.-Proz. 1862 [8]).

b. in den linksrheinischen Ländern gilt der französische Code de procédure civile [9]).

c. in Hannover: die bürgerliche Prozeßordnung vom 8. November 1850, die erste rechtsrheinische Mündlichkeitsordnung, das Vorbild der meisten seitdem versuchten Reformen. Dazu gehören mehrere Gesetze von 1859. Aus der Literatur: für die ältere Zeit Oesterley, Handb. des bürgerl. und peinl. Proz. f. d. Königr. Hannover 1819, 1820; für das neuere Recht: Oppermann, die allg. bürg. Prozeßordn. für Hann. 1852; Schlüter, Komm. z. allg. bürgerl. P.O. f. Hann. 1858; und bes. Leonhard, die Justizgesetzgeb. des Königr. Hannover 1851; sowie das Civilprozeßverfahren Hann. 1861 [10]).

d. in Schleswig-Holstein besteht keine neuere Prozeßordnung [11]). Aus der Lit. umfaßt: Falck, Handb. des Schlesw.-Holst. Privatrechts 4 Bde. und Bd. 5 Abth. 1, 1825—1848, auch die Rechtspflege; sodann Francke, der gem. deutsche und

---

7) Im Druck erschienen Berlin 1864. Zu dessen Beurtheilung s. Endemann, Archiv f. c. Pr. Bd. 49. Nissen, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 8 S. 1.

8) Ueber ältere Zeitschriften s. Bluhme § 162; über neuere und die betr. Präjudiziensammlungen Heffter a. a. O. S. 7.

9) Ueber dessen Wirkung auf Deutschland s. Bluhme § 168 ffl. S. auch Daniels, Syst. u. Gesch. des französ. und rhein. Civilprozeßrechts 1849.

10) Aeltere Entsch. des Ob.-App.-Ger. zu Celle s. Bluhme § 174 Not. 222; und jetzt außer dem Magaz. für hann. R. noch Samml. der Entsch. d. O.A.G. zu Celle seit 1857; Archiv f. Entsch. der Kollegialgerichte des Königreichs Hannover v. Clausbruch und Stegemann seit 1865.

11) Vergl. über die Ges. Schletter's Jahrb. I. S. 60. 182; II. S. 346. 441; III. S. 156; IV. S. 284. 291.

Schleswig-Holst. Civ.-Pr. 2. Aufl. 1844 (eines der bedeutendsten partik. Werke).

e. in Kurhessen: neuere Gesetze von 1834 und 1851, jetzt bes. vom 28. Okt. 1863. Das Prozeßrecht [12]) ist theilweise dargestellt: in Wagner, Grundzüge der Gerichtsverf. und des untergerichtlichen Verfahrens, 4. Aufl. 1859 [13]).

f. in Nassau: Civilprozeßordnung vom 23. April 1822 [14]). S. dazu Flach, Erläut. z. Prozeßges. des Herzogthums Nassau 1837.

g. in Frankfurt: Ges. vom 7. bezw. 14. November 1848.

3. Von den übrigen zum norddeutschen Bunde bereits vereinigten Staaten hat

a. das Königreich Sachsen bis jetzt keine neuere Kodifikation des Prozeßrechts. Zu den älteren Grundlagen [15]) sind jedoch im Laufe dieses Jahrhunderts einzelne Verbesserungsgesetze gekommen, zuletzt die Novelle vom 30. Dezemb. 1862 [16]). Eine umfassende Mündlichkeitsordnung (Entwurf von 1864) war bereits in Berathung [17]). Hauptwerk des noch geltenden Rechts ist: Osterloh, der ord. bürg. Proz. nach Königl. Sächs. Recht, 4. Aufl. 1860 [18]); sowie: der ord. Civ.-Pr. nach K. Sächs. R. von H. B. Schier (mit einer Einleitung von Schletter).

b. Für die thüringischen Staaten (Weimar, Coburg-Gotha, Meiningen, Altenburg, Anhalt, die beiden Schwarzburg und Reuß)

---

12) Für die ältere Zeit bes.: Kopp's ausführl. Nachricht von der älteren und neueren Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in den Fürstl. Hessen-Cassel. Landen 1769; die Lit. bis 1846 bei Kulenkamp, Lit. des ges. kurhess. Rechts.

13) Ein reiches Material sonst in: Pfeiffer's prakt. Ausf. 8 Bde.; Strippelmann's Sammlung der bemerkenswerth. Entsch. des O.A.G. zu Kassel, bes. Bd. IV, 2 (das Verfahren vor dem Ob.-App.-Gericht), sowie in dessen weiteren Werken über einzelne Gegenstände des Civ.-Proz., sodann in den Annalen der kurhess. Rechtspflege und Verwaltung, seit 1853.

14) Ein neuerer Entwurf von 1850; s. Renaud § 5, 15.

15) Bluhme § 172.

16) S. darüber Wenck, die kön. sächs. Civ. Pr.-Nov. 2. Aufl. 1866.

17) Zur Kritik s. Busch, Arch. f. c. Pr. Bd. 44 S. 27; Zerener, das. Bd. 47 S. 244; Osterloh, die Reform des Civ.-Proz.-Ges. 1865.

18) Ueber die Quellen s. das. § 60, über die reiche Lit. (Kori, Biener u. A.) § 64, über die Präjudiziensammlungen § 67, 7.

muß auf eine Aufzählung der überaus thätigen Spezialgesetzgebungen an diesem Ort verzichtet werden [19]). Hauptwerk: Heimbach, Lehrbuch des sächs. bürg. Proz. mit bes. Rücksicht auf die zum Ob.=App.=Gericht zu Jena vereinten Länder. 2 Bde. und 3. Bd. (Nachträge) 1861 [20]).

c. Oldenburg besitzt eine der hannöv. nachgebildete bürgerl. Prozeßordnung vom 2. November 1857 [21]).

d. Braunschweig hat eine neue Civ.=Proz.=Ordnung vom 19. März 1850.

e. In Mecklenburg hat bis jetzt keine umfassende Reform stattgefunden [22]). Bearbeitungen des Proz. sind: Kamptz, Handb. des Mecklb. Civ.=Proz. 2. Aufl. 1822; und besonders C. H. E. Trotsche, der mecklenb. Civ.=Proz. 2. Aufl. 1866 [23]).

f. Lippe=Detmold: Prozeßordn. vom 12. April 1859 nebst Novelle vom 15. Juni 1864.

g. Waldeck: Ges. vom 10. Juni 1850.

h. Von den freien Städten hat Lübeck eine neue Prozeßordnung vom 28. April 1862 [24]).

i. Für Hessen=Darmstadt, dessen linksrheinische Länder französisches Prozeßrecht haben [25]), ist ein Entwurf 1857 ausgearbeitet worden [26]). Literatur: Bopp, Materialien des Hess. bürg. und peinl. Prozeßrechts, 1840.

4. Unter den süddeutschen Staaten hat

a. Baden nach den älteren Gesetzen von 1831, 1837 nunmehr eine auf Mündlichkeit basirte Prozeßordnung vom 18. März

---

19) S. zum Theil Renaud S. 12. — Der Entw. einer thüring. Civ. P.O. von 1852 ist nicht zu Stande gekommen. Neuerdings war man an der Berathung des Königl. Sächs. Entw. (Not. 17) betheiligt.

20) Daselbst sind die Quellen und die Lit. ausführlich zusammengestellt. — Zeitschrift: Blätter für Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt, seit 1853.

21) Das ält. Recht s. bei v. Halem, jetzt geltendes old. Partikularrecht im Ausz. 1804—6.

22) S. über den Rechtszustand im Allg. Bluhme § 174, 6.

23) Sammlung der Entsch. des O.A.Ger. Rostock von Buchka und Budde.

24) Ueber die (verschiedenen) Sammlungen der Entsch. des Ob.App. Gerichts zu Lübeck s. Renaud S. 31.

25) Bluhme § 175.

26) Renaud § 5, 15.

1864. S. dazu Brauer, das Verf. vor dem Amtsrichter in bürg. Streitsachen, 1864; v. Freydorf, die Prozeßordn. in bürg. Rechtsstr. mit Erläut., 1865 begonnen.

b. Bayern: nach dem Codex Maximilianeus bavar. judiciaris (1753). Gesetze von 1819 und 1837 [27]). Jetzt ist der Entwurf einer Mündlichkeitsprozeßordnung (1861 erschienen) in Berathung begriffen [28]). Aus der neueren Literatur zu erwähnen: Seuffert, Handb. des deutsch. Civ.-Proz. auf Grundlage der Baier. Gesetzgebung, 1836—44; Wendt, vollst. Handb. des Baier. Civ.-Proz. 2. Aufl. 1835; Seuffert, Komm. über die Baier. Gerichtsordn. 2. Aufl. 1853—1858; Rottmann, Handb. des Verf. in den bürg. Rechtsstreit. 1855—60 [29]).

c. Würtemberg. Eine neuere Prozeßordnung (1848) ist nur im Entwurf erschienen [30]).

§ 11.

4. Ausländisches Recht.

Je weniger der Verkehr sich an die Grenzen eines Landes oder einer Nation bindet und je mehr die Sicherheit des Rechtsweges, als Garantie des Kredits, im Interesse aller Staaten gelegen, desto mehr muß sich auch die Darstellung des Prozesses angeregt fühlen, zugleich die Prozeßrechte anderer Länder in den Kreis ihrer Betrachtung zu ziehen [1]).

Indessen kann hier nur angedeutet werden, namentlich ohne ausführlicher auf die auswärtige Literatur einzugehen, daß vor allen Dingen die Gestaltung des bürgerlichen Prozesses nach französischem Recht, niedergelegt in dem Code de procédure civile

---

27) Bluhme § 171.

28) S. über dens. Renaud § 5,17. Ueber die ält. Quellen und Lit. bes. Plochmann, Einl. in den Bayer. Civ.Proz. 1847 § 10.

29) Zeitschriften: Zeitschr. für Baier. Recht, seit 1854; Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern, seit 1836.

30) S. über den Prozeß: Schütz, der würtemb. Civ.Proz. 1834; Scheurlen, der teutsche gem. und würtemb. Civ.Proz. 1836—39.

1) Ueber die Entwicklung im Allg. s. noch immer: Meyer, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe; 6 vols; la Haye 1818—1823; über die neueren Reformen die § 10,2 erwähnten Aufsätze von Mittermaier.

(1806), auch für das deutsche Prozeßrecht wichtig geworden ist [2]). Nicht nur hat dasselbe in mehreren Theilen von Deutschland positive Geltung erlangt und behalten (§ 10, 9), sondern auch, als Vorbild des mündlichen Verfahrens, mannigfachen Einfluß auf die neueste Prozeßgesetzgebung einzelner deutscher Staaten geübt [3]).

Von den schweizerischen Rechten [4]) genießt besonderes Ansehen, als Fortbildung und Verbesserung des französischen Prozesses, die Genfer Prozeßordnung von 1821 [5]).

Neuerdings ist auch [6]) dem englischen Civilprozeß größere Aufmerksamkeit zugewendet worden [7]).

---

2) Ueber die Entwicklung des französ. Gerichts= und Prozeßwesens s. Warnkönig und Stein, französ. Staats= und Rechtsgesch. 3 Bde. 1844—48; Schäffner, Gesch. d. Rechtsverfass. Frankreichs, 4 Bde. N. Aufl. 1860; v. Daniel's Syst. u. Gesch. des französ. u. rhein. Civilprozeßrechts, 1848.— Eine Uebersicht über die neuere Lit. liefert die Revue historique du droit français et étranger ed. Laboulaye seit 1855.

3) Nachbildungen des Code de proc. sind auch außer Deutschland vorhanden, so z. B. das Prozeßgesetz für Griechenland von 1834 (s. Renaud § 5, 12) und Codice de procedure civile del regno d'Italia (1865).

4) S. im Allgem. Bluhme, Encycl. § 178 und über die neueren Gesetze mehrerer Kantone Renaud S. 15.

5) S. dazu Bellot, exposé de motifs etc. 1821. Sie ist für die deutsche Legislation sehr wichtig geworden. — Die übrigen neueren Schweizer Ges. haben bei Renaud umfassendere Berücksichtigung gefunden.

6) was sich von den übrigen nordischen Rechten nicht sagen läßt. Ueber den norwegischen Prozeß s. Schweigaard, den Norske Proces, Christ. 1854; über den dänischen: Stein, Gesch. des dän. Civ.=Proz. Kiel 1841.

7) S. darüber Phillips, engl. Rechtsgesch., sodann die betr. Abschnitte in dem großen Werk Gneist's, Gesch. der engl. Communalverfass. oder des Selfgov., 2. Aufl. 1863, sowie: das engl. Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1867; endlich die Monographie von Rüttimann, der engl. Civilprozeß 1851.

III. Verhältniß der verschiedenen Prozeßrechte zu einander.

§ 12.

A. Partikulares und gemeines Recht.

Renaud § 6.

Soweit die einzelnen deutschen Staaten unbeschränkt souverän waren, unterlag es keinem Zweifel, daß ihr partikulares Prozeßrecht dem gemeinen (§ 3, 1) vorging. Auf diesem Wege ist es nicht nur in allen deutschen Ländern, selbst in den Ländern des sogenannten gemeinen Rechts dergestalt in eine blos subsidiäre Geltung versetzt worden, daß es blos da zur Anwendung kam, wo partikulares Recht in Gesetz oder Uebung thatsächlich fehlte, sondern in manchen war dasselbe sogar gänzlich ausgeschlossen worden [1]).

Je thätiger nach dem Obigen die Partikulargesetzgebung der meisten, fast aller Einzelstaaten sich gezeigt hat, desto mehr existirt das gemeine Recht nur noch als ideales, aus der Uebereinstimmung der Prinzipien konstruirtes wissenschaftliches System, welches bis zur Herstellung eines wirklich gemeinsamen Rechtszustandes die deutsche Rechtseinheit wenigstens doktrinell vertreten mußte.

Diese Lage der Dinge wird allerdings nunmehr eine andere für die zum norddeutschen Bunde vereinigten Staaten. Indem nach Art. 4 der Bundesverfassung die Civilprozeßgesetzgebung der Kompetenz der Bundesgewalt und des Reichtags zugewiesen worden ist, wird demnächst in Ausführung jenes Artikels ein einheitliches, formell gemeines, die Einzelstaaten bindendes Prozeßrecht geschaffen werden. Da kein Einzelstaat künftig befugt ist, die von der Bundesgewalt als solcher erlassenen Gesetze für sich abzuändern, oder aufzuheben, wird mithin umgekehrt, wie vordem, für die partikuläre Gesetzgebung und für die Geltung des seitherigen partikularen Prozeßrechts nur insoweit Raum bleiben, als nicht die Bundesgesetzgebung eingreift.

1) Martin, Vorl. § 3 I., Renaud Not. 1.

§ 13.

B. Verhältniß des neueren zu dem älteren Prozeßrecht.

Renaud § 8. — Mittermaier, Arch. f. c. P. X S. 118.

Das neuere Prozeßrecht, insonderheit das neue geschriebene Prozeßgesetz gilt an sich von dem Momente seiner Einführung. Neuerdings pflegen partikulare Einführungsgesetze oder Verordnungen in der Regel die daraus entstehenden Verhältnisse und Zweifel so umfassend zu ordnen, daß die gemeine Theorie kaum noch der Anwendung bedarf.

Die letztere muß davon ausgehen, daß das neue Recht, einmal in Kraft getreten, von da an unbedingt und allein herrscht[2]), umgekehrt aber vor jenem Zeitpunkt gelegene Akte nicht berührt, also keine rückwirkende Kraft hat, sofern ihm nicht solche ausdrücklich beigelegt wird[3]). Hiernach ist klar, daß sich das neue Recht auf beendigte Prozesse gewiß nicht, sicher dagegen auf erst unter seiner Herrschaft begonnene bezieht. Wohl aber bleiben große Zweifel in Betreff der schwebenden Prozesse, die, vor Einführung des neuen Rechts begonnen, erst nach Einführung desselben zu beendigen sind.

Nicht selten wird verordnet, daß anhängige Prozesse noch ganz nach dem alten Recht zu erledigen oder jedenfalls, oder wenn in einem bestimmten Stadium befindlich, in das neue Verfahren überzuleiten sind. Fehlt es an einer derartigen Norm, so entsteht hier, wie anderswo der Zweifel, ob und inwieweit die bestehende Privatberechtigung doch dem neuen Recht gegenüber stark genug erscheint, um dagegen aufrecht erhalten zu werden[4]). Obwohl nun der Civilprozeß Theil der öffentlichen Rechtsordnung ist (§ 4 IV.), so entstehen aus dem Prozeßverfahren, zumal nach der Idee der Verhandlungsmaxime, und da sein Gegenstand privatrechtlicher Natur ist, eine Menge von Einzelberechtigungen, oder

---

2) Renaud Not. 4.

3) Denn diese Befugniß wird der gesetzgeb. Gewalt zuerkannt. S. darüber u. im Allg. Vangerow I. § 26, Windscheid I. § 31 und die dortige Lit., sowie Endemann, H.-R. § 9 I.

4) Vgl. bes. F. Lasalle, Theorie der erworb. Rechte I.

wohlerworbenen Rechten der Parteien, von denen es höchst fraglich erscheinen muß, ob sie von dem neuen Gesetz alterirt werden können und sollen [5]). Dazu kommt andererseits die Zertheilung des Prozesses in eine Mehrheit von Abschnitten (§ 162) von selbstständigem Karakter, welche ganz anders, als da, wo der Prozeß als ein untrennbares Ganzes erscheint, dazu anreizt, das neue Recht wenigstens auf die noch nicht erledigten Abschnitte oder Instanzen anzuwenden [6]).

Es sollte billig einleuchten, daß über alle die hieraus entspringenden Fragen unmöglich nach einem allgemeingültigen abstrakten Schema, sondern nur nach dem Karakter des speziellen Prozeßrechts entschieden werden kann. Erst darnach läßt sich ersehen, ob die noch bevorstehenden Abschnitte des Prozesses so sehr für sich bestehen, daß sie nach anderem, als dem bisherigen Prozeßrecht erledigt werden können. Erst darnach läßt sich erkennen, ob bereits ein wohlerworbenes Privatrecht des Einzelnen zu unterstellen ist und ob deshalb von dem neuen Recht wirklich geschont wird [7]), oder ob das sog. Parteienrecht sich dergestalt lediglich als Folge der öffentlichen Prozeßordnung darstellt, daß es keinen Anspruch auf selbstständige Geltendmachung und Erhaltung dem veränderten Prozeßrechte gegenüber zu machen hat.

§ 14.

C. Verhältniß verschiedener Prozeßrechte nach ihren räumlichen Grenzen.

Renaud § 9. — Mittermaier, Arch. f. c. P. XIII. S. 293; Bar, das internat. Privat- u. Strafr. S. 417.

Ausgangspunkt für die Beurtheilung des räumlichen Verhältnisses verschiedener Prozeßrechte ist, wie bei Kollisionen von Ge-

---

5) Beispiele: über Zulässigkeit der Beweismittel, Ungehorsamsfolgen, Rechtsmittel u. dgl. s. Renaud Not. 5 ffl.

6) Renaud Not. 3.

7) Daß ersteres geschont werden muß, ist theoretisch gewiß ein richtiger Satz, Renaud Not. 5, der aber, wie die Dinge staatsrechtlich stehen, in der thatsächlichen Uebermacht des öff. Gesetzes seine praktische Grenze findet.

Hier muß es genügen, den allgemeinen Grundgedanken anzudeuten.

setzen des materiellen Privatrechts[1]), das territoriale Prinzip. Zumal der Prozeß ein Stück der öffentlichen Rechtsordnung ausmacht, steht fest, daß jedes Gericht nur nach dem ihm gegebenen Prozeßrecht thätig wird[2]). Während die Voraussetzungen des materiellen Rechtsanspruchs, wie die persönlicher Rechtsfähigkeit möglicherweise nach einem auswärtigen Recht zu beurtheilen sind[3]), prüft das Prozeßgericht die Prozeßfähigkeit, die prozessualischen Voraussetzungen und Formen an sich lediglich nach seinem Prozeßrecht. Nur nach diesem leitet es das Verfahren und entscheidet über die Gültigkeit[4]).

Diese Grundregel erleidet jedoch insofern eine Beschränkung, als einmal etwa dem Gericht zugemuthet wird, irgend welche Akte, z. B. auf Requisition, nach anderen Formen und Vorschriften vorzunehmen, als nach denen seiner Prozeßordnung. Während im Zweifel auch requirirte Handlungen nach dem Prozeßrecht des requirirten Gerichts vorgenommen werden (s. § 46, 22 ffl.), erscheint es doch nicht unter allen Umständen ausgeschlossen, dieselben nach der Norm eines anderen, namentlich des requirirenden Gerichts vorzunehmen. Nämlich dann nicht, wenn das einheimische Recht nicht gerade für so prohibitiv gelten muß, daß jede andere Form der Prozedur ausgeschlossen sein soll. Ob dies der Fall, oder nicht, kann nur konkret beantwortet werden[5]).

Sodann muß umgekehrt auch gesagt werden, daß das inländische Gericht die Formen und Voraussetzungen ausländischer,

---

Die schematischen Definitionen, jenachdem das neue Gesetz als authent. Interpretation auftritt, auf die schwebenden Sachen (in welcher Instanz oder welchem Stadium?) ausdrücklich erstreckt sein will oder selbstverständlich erstreckt werden muß, sind sehr wenig befriedigend.

1) Vangerow I. § 27, Windscheid I. § 34, Endemann, Handelsrecht § 9 II.

2) Renaud Not. 1. Lex fori. — S. auch Bethmann-Hollweg II. § 75.

3) S. Endemann a. a. O. S. 47.

4) Proben dafür s. bei Renaud Not. 2 ffl. — Auch hier nur das Prinzip, ohne auf die Anwendung im Einzelnen einzugehen.

5) Renaud Not. 14 ffl. und die dort aus Seuffert's Arch. angezogenen Entsch. — Daß dies das Entscheidende ist, nicht der Wunsch des requirirenden Gerichts, s. § 46 a. a. O.

namentlich auf Requisition vorgenommener Prozeßhandlungen[6]) nach dortigem Gesetze zu beurtheilen hat. Der internationale Verkehr der Rechtsstaaten fordert im Allgemeinen, daß das, was gültig in dem einen geschehen, auch auswärts anerkannt wird. Allein dies findet seine Grenze in der einheimischen Gesetzgebung, welche insofern überwiegt, als dem Gericht für die Gültigkeit mancher Akte Vorschriften gegeben sind, bei deren Nichterfüllung dasselbe außer Stande ist, die Gültigkeit anzunehmen. Somit wird das inländische Gericht, welches von dem ausländischen nicht erwarten oder verlangen kann, daß dieses letztere anders verfährt, als nach seinem Prozeßrecht, zu der Prüfung aufgefordert, ob und welchen Werth es den fremdländischen Akten nach Maßgabe seiner eigenen Prozeßordnung beilegen darf[7]).

---

§ 15.

IV. Methode und System der Darstellung.

Martin § 6; Osterloh § 47; Wetzell § 4.

I. Die Darstellung soll das praktische Prozeßrecht zur Erkenntniß bringen. Wissenschaftliche Erkenntniß liegt aber nicht in einer bloßen Beschreibung der bestehenden Formen, noch auch in einer spekulativen Begründung derselben aus der Natur der Sache. Soll die Lehre von dem gerichtlichen Verfahren mehr sein, als ein Konglomerat todter Formen, so kann die historische Erklärung nicht entbehrt werden.

Aus der geschichtlichen Betrachtung erhellt, daß die Beschaffenheit der Gerichtseinrichtungen und der Prozedur von ganz anderen Ursachen abhängig war, als von der Willkür der planmäßigen „Weiterbildung" der Legislation und der juristischen Doktrin, welche selber, bewußt oder unbewußt, nur als Ausdruck der ihre Zeit beherrschenden Ideen erscheinen. Der Civilprozeß,

---

6) Die Prüfung der materiellen Wirkungen, wie besonders der res judicata, wegen der Vollstreckbarkeit u. s. w., gehört nicht hierher.

7) Renaud Not. 16.

wie das Recht überhaupt, ist für die wahre Wissenschaft nicht das Produkt einer nur auf ihrer Autorität stehenden Gesetzgebung und einer nur aus sich selbst schöpfenden Schule der Juristen, sondern ein Stück der gesammten jeweiligen sozialen und politischen Kultur.

Mithin hat die dogmengeschichtliche Darstellung nicht blos den Zweck, die Aufeinanderfolge der Umwandlungen in Gesetz und Lehrmeinung aufzuzählen, und die historische Methode nicht blos den Zweck, sich antiquarisch in das Gewesene zu vertiefen; sondern es gilt, in der Menge des Stoffs, welchen die Vergangenheit darbietet, die leitenden Grundgedanken zu finden, unter deren nothwendigem Einfluß sich das Recht entwickelt hat und weiter entwickeln wird [1]).

Von diesem Standpunkt aus befriedigt, um das gegenwärtige Recht und dessen unabweislich mit zu berücksichtigendes Reformbedürfniß zu verstehen, weder der bloße Hinweis auf den Buchstaben der Gesetze, noch die Begründung durch technisch-juridische Verwerthung des positiven Wortlautes von Quellen, die mit ihren realen Voraussetzungen den Anspruch auf wissenschaftliche Behandlung als gültiges Recht längst verloren haben. Den inneren Ideen gegenüber, welche die Wissenschaft zu erkennen bemüht sein soll, hat selbst das Gesetz, das vergangene, wie das heute geltende, keine andere Autorität, als diejenige, welche es als Ausdruck jener Ideen, als jeweilige Stufe der Entwicklung besitzt. Jene Art der Konstruktion aufzugeben, welche nichts Anderes ist, als die Fortsetzung einer durch, oft nur vermeintliche Autorität des Gesetzes oder der überlieferten Lehre gebundenen und folglich ihrer Aufgabe der freien Wahrheitsforschung entfremdeten, rein scholastischen Kunst, dazu fordert gerade die Lehre des Civilprozesses besonders dringend auf, wenn die geschichtliche Betrachtung ergibt, daß eben darin

1) Aus diesem Grunde wird denn auch in dem hist. Material Maaß zu halten sein. Ich habe mich bemüht, so viel an Citaten zu geben, daß überall der Anhaltspunkt für die Kontrole und die genauere Erforschung der aufgestellten Sätze gegeben ist. Den ganzen Ballast, oft sehr werthloser, Citate mitzuschleppen, habe ich mich eben so wenig entschließen können, als auch nur diejenigen zu häufen, von denen sich anderswo wenig oder Nichts findet.

Jahrhunderte hindurch die Ursache seiner den Rechtszustand schwer schädigenden, von der Gegenwart unerträglich befundenen Gestaltungen gelegen sind.

Es folgt daraus weiter, daß die Zweifel und Kontroversen, an denen es nicht gebricht, wo möglich auf anderem Wege zu lösen versucht werden müssen, als nur mit den gewohnten Mitteln der seitherigen Doktrin; nämlich durch Darlegung der sie nothwendig hervorrufenden Gründe, deren Beseitigung allein im Stande ist, die fast durchweg erst durch doktrinelle Mißbildung entstandenen Kontroversen endgültig wegzuschaffen. Es folgt ferner, daß es nicht die Aufgabe der Lehre, so wenig wie vernünftigerweise die der Gesetzgebung sein kann, bis in das Detail hinein ein allgemein gültiges abstraktes Schema von „festgestellten" Sätzen zu finden und durch deren mehr oder minder untrügliche Vorschrift der Rechtsanwendung auf den einzelnen Fall das selbstständige konkrete Denken ganz und gar, oder doch bis auf einige, ihrerseits wieder nach technischer Chablone von Statten gehende, Interpretation zu ersparen. Das natürliche Verhältniß ist vielmehr das, an der Hand der von dem Gesetz proklamirten Hauptsätze und des von der Theorie erklärten Wesens der Institute dem eigenthätigen konkreten Urtheil vollen Spielraum zu lassen.

II. Das System der letztern ergibt sich dahin. Zuerst sind die im Civilprozesse thätigen Faktoren oder Personen nach den auf sie bezüglichen Rechtsgrundsätzen darzustellen; also einmal das Gericht, sodann die Parteien sammt ihren Nebenpersonen. Weiter wird das aus der Thätigkeit beider sich entwickelnde Verfahren zu erörtern sein. Dabei soll nach der bisherigen Uebung und um der Uebersichtlichkeit willen zunächst in dem ersten Theil des dritten Buches vollständig der ordentliche Prozeß in seinen allgemeinen Grundsätzen und dann in seinen einzelnen Abschnitten dargestellt werden. Der zweite Theil wird die summarischen Prozeßarten, insoweit sie von dem ordentlichen Prozeß abweichen, und der dritte den Konkursprozeß vorführen[2]).

---

2) Es ließe sich eine theoretisch befriedigendere Systematik denken, indem zuerst Alles, was allgemein für alle Prozeßarten gilt und dann das Besondere für jede Gattung dargestellt würde. Beweisrecht und Rechtsmittellehre z. B., vollends aber die in Abschnitt I. des

dritten Buchs darzustellenden „allgemeinen Grundsätze" sind eben gemeinsam. Im Wesentlichen würde das darauf hinauslaufen, das materielle Prozeßrecht und den Prozeßgang zu trennen.

Indessen wird der Verstoß gegen eine abstrakte Systematik nach den Versuchen einer Neugestaltung, wie sie Wetzell, dessen Systematik gewiß nicht leicht verständlich ist, unternommen hat, und selbst nach der ungleich übersichtlicheren, aber dennoch den Eindruck großer Künstlichkeit hinterlassenden Anordnung bei Renaud zu ertragen sein, wenn dafür der Vortheil einer einfacheren Orientirung geboten wird.

Erstes Buch.

Das Gericht.

§ 16.

I. Begriff desselben.

Martin § 9. 40; Linde § 75. 79; Heffter § 54; Schmid § 23; Bayer § 50; Osterloh § 49; Renaud § 11.

Die nach dem Wesen des Civilprozesses (s. § 1, I. u. III.) zur Entscheidung berufene Macht ist das Gericht.

Mit Ausscheidung der lediglich durch den freien Willen der Privaten konstituirten Entscheidungsstelle eines Schiedsgerichts (§ 1, IV.) versteht man unter Gericht im engern Sinne diejenige Stelle, welche zur Ordnung streitiger Rechtsverhältnisse durch die öffentliche Gewalt eingesetzt ist[1]). Das Gericht in diesem Sinne ist also eine öffentliche, von dem Einzelwillen unabhängige Institution[2]). Nur für sie bestehen die Vorschriften, welche die öffentliche Prozeßordnung enthält (§ 1, V.).

Allein der Begriff der öffentlichen Gewalt selbst, in welchem der Begriff des Gerichts wurzelt, hat im Laufe der Zeiten sehr gewechselt. Nothwendig steht damit ein Wechsel in der Einrichtung und der Thätigkeit der Gerichte im Zusammenhang.

---

1) Gericht wird, wie judicium bei den Römern, häufig auch die Entscheidung (L. 1 § 4 quae sent. sine app. 49, 8), oder die Untersuchung (L. 6 de fer. 2, 12), mitunter auch der Ort, wo das Gericht gehalten wird (L. 1 pr. eod. 2, 12), genannt. — Kanon. Definitionen s. bei Maranta II. 1 Scacc. de jud. I. c. 1.

2) Die Schieds- (Friedens)gerichte, welche der Staat anordnet, sind echte Gerichte, weil Bestandtheile des öff. Gerichtswesens. Daß das annäherungsweise auch den reinen Kompromißgerichten geschehen kann, s. § 1, 11. — Mancherlei, zum Theil ungenaue, Definitionen s. z. B. bei Martin § 40. Vorl. I. S. 274; Bayer, Osterloh u. A.

Die Prozeßlehre muß unter Hinweisung auf den geschichtlichen Entwicklungsgang[3]):

1) die Grundlagen des Gerichtswesens; die Lehre von der Gerichtsbarkeit;

2) die Einrichtung des Gerichtswesens; die Lehre von der Gerichtsorganisation;

3) die Summe der den Gerichten überwiesenen Befugnisse; die Lehre von der Ausübung der Gerichtsgewalt darstellen.

II. Die Gerichtsbarkeit.

§ 17.

A. Begriff, Arten und Grundlagen.

Martin § 41; Linde § 65; Heffter § 36. 45; Schmid § 30; Bayer § 53; Osterloh § 64; Wetzell § 31; Renaud § 22.

I. Unter dem Namen der Gerichtsbarkeit oder Jurisdiktion[1]) wird häufig verstanden, was man passender Justizhoheit nennt, nämlich die Summe derjenigen Befugnisse, welche dem Inhaber der höchsten Gewalt hinsichtlich der Handhabung der Rechtspflege zustehen.

Die Justizhoheit umfaßt zunächst 1) das Recht[2]), durch Gesetze, Verordnungen und Reglements Vorschriften über die Ausübung der Rechtspflege zu ertheilen, also das Recht der Gesetzgebung, sowohl das materielle Recht, als das Verfahren vor Gericht betreffend, und 2) die Errichtung, Erhaltung und Beaufsichtigung des Gerichtswesens[3]). Sie umfaßt aber nach der herrschenden Auffassung 3) auch die Gerichtsbarkeit im eigentlichen Sinn, die richterliche Gewalt (potestas judiciaria), nämlich die Befugniß der Rechtspflege, welche von den Gerichten kraft Ver=

3) S. darüber im Allgemeinen J. D. Meyer, esprit etc. (§ 11, 1).

1) Der sehr oft verschieden gebraucht und dadurch unsicher wird. Vgl. Martin I. S. 277.

2) Wie bei allen Rechten der Staatsgewalt fällt damit zugleich die Pflicht zusammen.

3) Zachariä, d. St. R. § 169; Bluntschli, allg. St. R. § II, 6 Kap. 17.

leihung Seitens des Inhabers, als welcher der Inhaber der Justizhoheit gilt, ausgeübt wird[4]).

Daß von der letztern in der Civilprozeßlehre gehandelt werden muß, versteht sich von selbst. Allein auch die rein staatsrechtlichen Verhältnisse der Justizhoheit müssen insofern berücksichtigt werden, als es unvermeidlich ist, auf die Quellen der Gerichtsbarkeit zurückzugehen.

II. Als Arten der Jurisdiktion unterscheidet man allenfalls:

A. nach dem unter I. berührten Gegensatz hoheitliche (j. sublimis s. eminens)[5]) und untergeordnete (j. subordinata s. vulgaris) und begreift unter der ersteren die über die Rechtspflege der Staatsgewalt zustehenden, unter der letzteren die von derselben den Gerichten zu unabhängiger Ausübung überwiesenen Befugnisse[6]).

B. nach der Gattung der Sachen, mit welchen es die Rechtspflege zu thun hat[7]):

1. Kriminal- und Civiljurisdiktion[8]). Der Rangunterschied, welcher in der Bezeichnung der ersteren als j. alta, der letzteren als bassa liegt, indem früher die volle Strafgerichtsbarkeit oder der Blutbann als vornehmstes Zeichen der Herrschaft betrachtet wurde, hat keinen Werth mehr.

2. als Unterarten der Civilgerichtsbarkeit die streitige, contentiosa, und freiwillige, non contentiosa s. voluntaria (s. § 2, III.)[9]).

III. Die Grundlagen der streitigen Civiljurisdiktion, wie die der Gerichtsbarkeit überhaupt, in ihrer heutigen Gestaltung sind das Produkt der gesammten politischen Entwicklung. Eine absolute Konstruktion derselben gibt es nicht.

---

4) Zachariä a. a. O. Not. 3. — Die Bedenken gegen diese Idee, s. § 23.

5) Zachariä a. a. O. Not. 1; Zöpfl d. St. R. § 84.

6) Osterloh a. a. O. Not. 1. Letztere auch vicaria genannt; Renaud Not. 7. — Wie glücklich diese Unterscheidung einer Gerichtsbarkeit, die der „Träger der Staatsgewalt hat, aber nicht ausüben kann", und einer Gerichtsbarkeit, welche die Gerichte haben müssen, aber doch nur kraft Verleihung haben, erhellt von selbst.

7) Zachariä a. a. O. Not. 5 ffl.

8) Martin, Vorl. I. S. 280; Osterloh a. a. O. Not. 5; Schmid § 32.

9) Martin I. S. 280; Schmid § 33; Osterloh Not. 4.

Nach den gegenwärtigen Zuständen steht an der Spitze der Satz:

A. Alle Gerichtsbarkeit geht von dem Staate aus[10]). Die Herstellung der Rechtsordnung ist eine seiner wesentlichsten Aufgaben (s. § 1), die Innehabung der Gerichtsbarkeit Folge der Souveränität[11]). Von dem Wesen des modernen Staates aus hat sich die Lehre von der Jurisdiktion ganz anders ausbilden müssen, als dies in früheren Zeiten unter der Idee eines patrimonialen Jurisdiktionsrechtes des Landes-, Territorial- oder Feudalherrn der Fall war[12]). Träger der Gerichtsbarkeit, wie der sonstigen Hoheitsrechte ist der Inhaber der Staatsgewalt[13]).

Man nennt diese Staatsgerichtsbarkeit jurisdictio officialis im Gegensatze zu der j. patrimonialis[14]).

An sich muß dieselbe als eine allgemeine, allumfassende gedacht werden. Der Staat ist nach modernen Begriffen die einzige und auch ausreichende Quelle der gesammten Gerichtsbarkeit.

Indessen existirt daneben noch, wenigstens nach der Annahme Mancher[15]),

B. als auf eigener Quelle fußend, die Gerichtsbarkeit der

10) Martin § 41, 6; Renaud Not. 5.

11) Heffter, Arch. des Krim.-Rechts 1843 S. 117. Das schließt nicht aus, daß staatsvertragsmäßig einzelne Beschränkungen bestehen können.

12) Das wird von den Prozeßlehrbüchern keineswegs genügend erkannt. Sonst würde man nicht immerfort noch Dinge mitschleppen, die, unter der Herrschaft der patrimonialen Ideen berechtigt, jetzt keinen Sinn mehr haben können. Proben davon s. 48, I.

13) Renaud Not. 5. Nicht ohne Absicht wird von den Meisten betont, daß der Inhaber der Staatsgewalt (also in monarchischen Staaten der Monarch Bayer § 53 z. A.) Subjekt der Gerichtsbarkeit (Wetzell § 31, der dann auch in § 33 nur eine Gerichtsbarkeit „der Landesherrn" hinstellt) sei. Aehnlich Bluntschli a. a. O. S. 102 „alle Gerichtsbarkeit geht vom König aus". Allerdings kann nach den gegebenen Verhältnissen in der Regel der Inhaber der Staatsgewalt nicht mit dem Staate identifizirt werden. Indessen wird man, was nicht unwesentlich, doch schon jetzt nicht mehr gewissen politischen Tendenzen zu Liebe die „Inhaber" der Staatsgewalt, sondern den Staat selbst als die Quelle aller Jurisdiktion auffassen müssen. Natürlich kommen an diesem Punkte die verschiedenen Verfassungsstufen zum Ausdruck.

14) Osterloh a. a. O. Not. 9; Wetzell § 35, 56.

15) So bes. Wetzell § 31. 32 z. A., der sogar bezeichnender Weise die kirchliche Gerichtsbarkeit vor die der Landesherrn stellt.

Kirche[16]). Allerdings hatte die Kirche einstmals eine sehr umfangreiche, selbstständige Jurisdiktion erlangt. In dem Kampfe der kirchlichen und staatlichen Gewalt ist jedoch die eigene Gerichtsbarkeit der Kirche ganz oder bis auf geringe Reste an den Staat verloren gegangen.

C) Endlich bestehen hier und da noch Reste der Patrimonialgerichtsbarkeit, als Erinnerung an die Zeit, da noch kein Staat, dem die umfassende Herstellung des Rechts als Aufgabe zufiel, vorhanden war.

Neben der Staatsgerichtsbarkeit sind die letztern zwei Gattungen im Folgenden (§§ 20. 21) kurz zu erwähnen.

B. Die Staatsgerichtsbarkeit.

1. Geschichtliche Entwicklung.

§ 18.

a) im altrömischeu Reich.

Die Entwicklung des staatlichen Gerichtswesens spiegelt durchaus die politischen Zustände einer jeden Zeit wieder. Sie dreht sich hauptsächlich um die Frage, ob Volksrichterthum, oder Beamtenrichterthum; sodann aber, nach Entscheidung zu Gunsten des letztern, um dessen, möglicherweise sehr heterogene, Organisation. Die leitenden Momente des langen und wechselvollen Verlaufs sind hier[1]) kurz anzugeben. Zunächst für das römische Reich.

I. Während der ältesten Zeit (der legis actiones) hatten ursprünglich die Könige[2]), später die Konsuln, Prätoren, Censoren und Aedilen der römischen Republik, und in ähnlicher Weise die Obrigkeiten der Munizipien und verbündeten Gemeinden Recht zu sprechen[3]). Die Könige nrtheilten ursprünglich selbst; indessen

---

16) Die meisten Rechtslehrer haben freilich diesen Gesichtspunkt aufgegeben. Schmid § 31 u. 33; Martin I. S. 308; Bayer § 53 a. Schl. — S. jedoch § 21.

1) Das Detail muß der Rechtsgeschichte überlassen werden, es ist in den unten citirten Schriften zu finden.

2) Ueber die Stellung der reges vgl. Mommsen, röm. Gesch. I. c. 5.

3) Puchta, Inst. § 151; bes. aber Bethmann-Hollweg, C.-P. I. § 17 ffl. Keller, R.C.P. § 2; Rudorff, R.R.G. II. § 4; auch A. W. Zumpt, Criminalrecht der röm. Republ.; Beamten- und Volksgerichte 1866 (in Bd. 1 zunächst die Kriminalgerichte behandelnd).

stand ihnen die Befugniß zu, die Untersuchung und Entscheidung nach Bedürfniß an Senatoren zu übertragen. Dasselbe gilt von den Konsuln[4]). Allein bereits durch die Servianischen Reformen wurde dem Volke unmittelbar ein Antheil an der Rechtspflege gewährt und der Grundsatz aufgestellt, daß wenigstens in Privatsachen nur Privatrichter entscheiden sollten. Das Geschwornenrichterthum befestigte sich durch die Kollegien der Centumvirn und Duumvirn[5]). Damit war die Grundlage der Gerichtsverfassung gewonnen, welche

II. die Zeit des ordo judiciorum vollständig ausgebildet darstellt. In ihr erscheint

A. die jurisdictio, die Civilgerichtsbarkeit, als ein Bestandtheil des imperium[6]), welches den Magistraten Rom's, also namentlich den Konsuln, Prätoren, unter denen bei steigendem Verkehr der praetor peregrinus besonders wichtig wurde, und Aedilen zukam[7]). Den italischen Gemeinden, denen früher geradezu volle Autonomie gelassen worden, die aber allmählich in dem römischen Staat aufgingen, wurde die Ausübung der niederen Gerichtsbarkeit, wozu alle Civilsachen gehörten, durch ihre Duumvirn und Quatuorvirn belassen[8]). In den unterworfenen Provinzen dagegen hegte der Statthalter, soweit nicht besondere Exemtionen bewilligt wurden, nach römischem Brauche das Gericht[9]). So unter der Republik, deren Zuständen es vollständig entspricht, daß von einer einheitlichen Gliederung und Beaufsichtigung des Gerichtswesens[10]) nirgends die Rede ist.

Zu centralisiren und zu nivelliren war der Beruf der Kaiserherrschaft. Durch seine Würde, in der sich alle Gewalt des Imperiums vereinigte, war der Kaiser von selbst der Mittelpunkt des Gerichtswesens, von dem aus sich, wie die Ausbildung des Rechtsmittel- und Instanzenwesens lehrt, eine immer strengere Unterordnung der

---

4) Bethmann-Hollweg § 22.

5) S. das. § 23. 24; auch über die mancherlei Dunkelheiten, die noch aufzuhellen bleiben.

6) Bethmann-Hollweg § 70 z. A. L. 3 de jurisd. 2, 1; L. 1 § 1 de off. ejus 1, 21; L. 6 § 2 de tutel. 26, 1. Ueber das Verhältniß der jurisdictio zu der obrigkeitlichen Gewalt anderer Art (imp. merum u. mixtum) s. das. 69.

7) Bethmann-Hollweg § 56—57.

8) Bethmann-Hollweg § 58—59.

9) Bethmann-Hollweg § 60.

10) Das. § 61.

andern Gerichte entwickelte [11]). Zugleich wurden die letztern, vor allen Dingen für Rom und Italien, besonders durch Vermehrung der Prätoren, in einen bestimmteren Schematismus gebracht und die eigene Gerichtsbarkeit der Munizipien auf Bagatellsachen herabgedrückt [12]). Nicht minder erhielten die Provinzen, unter Ausnahme der freien Städte und Kolonieen römischer Verfassung, eine festere Gerichtsorganisation [13]).

Als Quelle aller Jurisdiktion war von Haus aus das Gemeinwesen erschienen. Ebendeshalb konnte und mußte die eigene Gerichtsbarkeit derjenigen Gemeinden bleiben, die nicht ganz und gar die Selbstverwaltung verloren [14]). Die Magistrate waren die unmittelbaren Organe dieses Gemeinwesens [15]). Unter dem Kaiserregiment freilich mußte, wenngleich äußerlich die Form der Magistratur dieselbe blieb, je mehr alle politische Gewalt in der obersten Spitze zusammenlief, desto mehr der Gedanke Raum gewinnen, daß die Jurisdiktion von dem Staatsoberhaupt den Beamten verliehen werde [16]).

Der jurisdictio aber stellte sich

B. das judicium gegenüber. Mit Ausnahme gewisser Angelegenheiten, mit deren Erledigung der Magistrat allein betraut war (extraordinaria cognitio) [17]), wurde zur Untersuchung und Entscheidung der Sache selbst ein judex privatus, ein Geschworner, bestellt. Dies galt ebensowohl für die Rechtspflege der italischen Munzipien [18]) und der Provinzen [19]), wie für die Rechtspflege zu Rom. In der Auswahl des Kreises, dem die judices ent-

---

11) Bethmann-Hollweg § 62.

12) Das. § 66.

13) Das. § 67.

14) Rudorff, R. R.G. II. S. 16—17.

15) Darum hatten sie nicht blos etwa eine jurisd. mandata, sondern propria; s. § 47, II. Daher erklärt sich auch die legislative Macht der Prätoren als Organe der respublica; Bethmann-Hollweg § 57 Not. 18 ffl.

16) Bethmann-Hollweg § 63 z. A.

17) Deren Umfang sehr wechselte, in der Kaiserzeit natürlich ausgedehnt wurde; s. Bethmann-Hollweg § 70 Not. 16 und § 82. 122; Rudorff § 59 ffl.

18) Bethmann-Hollweg § 59 Not. 35.

19) Das. § 60 Not. 21 ffl.

nommen wurden, traten mancherlei Veränderungen ein[20]). Immer aber, auch wenn der Geschworne für den einzelnen Fall von dem Magistrat bestellt[21]) und seine Befugniß als Folge des Befehls des Magistrates, mithin als Uebertragung eines Stücks der eigentlich dem Magistrat zukommenden Jurisdiktionsgewalt betrachtet wurde[22]), bezeichnet das Institut dieser judices den unmittelbaren Antheil des Volkes an der Ausübung der Justiz. Thatsächlich war, bis auf die Ausnahmsfälle der extraordinaria cognitio, in der Hand der Magistrate nur die Einleitung, Formulirung des Prozesses und allenfalls die Exekution; das Urtheil, die eigentliche Rechtssprechung dagegen empfing Jeder nur von Seinesgleichen. Auf solche Weise war die Unabhängigkeit des Richterspruchs von den Organen der Regierungsgewalt gewährleistet[23]). Eben weil die Trennung des judicium von der jurisdictio (jus) den Antheil des Volkes an der Justiz darstellte, konnte für dieselbe

III. in der späteren Kaiserzeit kein Platz mehr sein[24]).

Die centralisirte Despotie drängte zu einem abhängigen Beamtenrichterthum. Die Unterordnung des Geschwornenurtheils unter die Appellation an den Magistrat[25]), das Schicksal der Kollegien, aus denen die judices zu wählen waren[26]), die Delegationen kaiserlicher Richter aus dem Imperium des Kaisers heraus, anstatt

---

20) Das. § 57 Not. 10 ffl. u. für die Kaiserzeit § 65.

21) Ueber die Form der datio judicis s. das. § 71 Not. 2; über die einzelnen Gattungen von judices auch Rudorff § 6 ffl.

22) Bethmann-Hollweg § 70 A. 1, ohne daß man jedoch mit ihm die datio judicis (Not. 15) nur als einen bloßen Verzicht des Magistrats auf Selbstausübung der cognitio aufzufassen hat.

23) Wie auch Bethmann-Hollweg § 71 Not. 72 ffl. ausführt, obwohl er sonst die Stellung des judex offenbar möglichst herabdrückt. Zur Karakteristik des Instituts, das gerade als Ausdruck der Selbstverwaltung des Volkes bezeichnet werden muß, s. noch Endemann, Beweisl. § 3. 4.

24) Zweifellos spielte bei dem Verfall des Gemeinwesens und der Blüthe der Despotie der ökonomische Zustand mit eine große Rolle. S. Bethmann-Hollweg II. § 66 z. A. u. III. S. 32. Immerhin bleibt es sehr beachtenswerth, daß die Gerichtsverfassung und Prozedur des ordo jud., wenn auch sicher von der allg. Korruption nicht unberührt, sich so lange erhalten hat.

25) Das. § 62 Not. 22.

26) Das. § 65.

der früher im Namen des Volks zugewiesenen Volksrichter [27]), und dgl. sind lauter Zeichen derselben Strömung. Nachdem die extraordinaria cognitio immer häufiger geworden, wurde die Umgehung des Judiziums, die Erledigung durch die ordentlichen kaiserlichen Obrigkeiten, im 3. Jahrhundert geradezu als Regel proklamirt [28]). Das Beamtenrichterthum, welches die Jurisdiktion nur durch Verleihung des Kaisers hatte, sei es unständig durch Einzelauftrag, sei es ständig, und zwar in immer strengerer hierarchischer Gliederung, vernichtete schließlich bis auf wenige Reste das Volksrichterthum [29]).

§ 19.

b) in Deutschland.

Die Entwicklung des Gerichtswesens in Deutschland ist eben so sehr das Produkt ursprünglich germanischer, als kanonistisch-romanischer Ideen.

I. In der ältesten Zeit [1]), d. h. vor den fränkischen Kaisern, weist die Gerichtsverfassung lediglich Volksgerichte auf. Unter einem selbstgewählten comes oder gravio bildet die gesammte Volksgemeinde oder ein Ausschuß derselben, die Rachimburgen [2]), das Gericht. Weil die Befugniß der Rechtspflege in der Genossenschaft liegt, findet sich dieselbe Organisation, wie für den Volksstamm,

---

27) Bethmann-Hollweg § 71 N. 3.

28) L. 2 Cod. de jud. ped. 3, 3 (a. 294). Bethmann-Hollweg § 122 a. E. u. § 129; auch Puchta § 182.

29) Vgl. Puchta § 183; Rudorff § 2; u. bes. Bethmann-Hollweg, Handb. § 4 ffl., u. C.-Pr. III § 130 ffl. — Gerade diese spätere Kaiserzeit mit ihrem durchaus bureaukratischen Karakter der Gerichtsorganisation ist noch immer das nächste Ebenbild unserer heutigen Gerichtsverfassung, wenn auch für die letztere die Unabhängigkeit (s. § 23) bereits in ganz anderem Maaße wieder hergestellt worden ist.

1) Worüber zu vergleichen: Rogge, das Gerichtswes. der Germanen 1820; Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. 1824; Unger, die altdeutsche Gerichtsverfassung 1842; Walter, deutsche Rechtsgesch. § 616 u. bes. Waitz, deutsche Verfassungsgesch. I. 2. Aufl. S. 389; II. S. 415; auch Schäffner, I. Kap. 14.

2) Wetzell § 33 Not. 67 ffl. Ob damit die sagibarones oder sacebarones identisch, oder nicht, steht immer noch nicht fest. Waitz, das alte Recht der sal. Franken S. 140 ffl.; Wetzell § 33 Not. 63. 64.

in den kleineren Kreisen der Mark-, Cent-, Familiengenossenschaft wieder, ohne daß von einer Unterordnung unter das größere Gericht die Rede wäre.

Diese rein demokratische Gestaltung litt Abbruch, seit sich die fränkische Monarchie festgesetzt hatte [3]). Vorläufig trat freilich für das seitherige Volksgericht nur die Aenderung ein, daß die königliche Gewalt sich der Leitung desselben bemächtigte. Das Gericht nun unter Königsbann zu hegen und die Vollstreckung zu besorgen, wurde die Aufgabe des von dem Kaiser ernannten Grafen, oder seiner Stellvertreter, der missi und vicarii [4]). Die Urtheilsfindung hingegen blieb den Schöffen, scabini [5]), welche seit Karl dem Großen allgemein die Gesammtgemeinde vertreten und allmählich unter Mitwirkung des Grafen bestimmt wurden [6]). Die niederen Cent- und Markgerichte berührte diese Umwandlung an sich gar nicht. Allein aus der Stellung der königlichen Macht zu den Volksgerichten, welche ihr die Sorge für die Herstellung und die Aufsicht über die Thätigkeit der Gerichte zuwies, erklärt sich leicht, daß die Idee einer Beschwerdeninstanz [7]) und damit einer wirklichen Unterordnung der ursprünglich aus der Selbstverwaltung der Volksgenossenschaft fließenden Rechtsflege unter eine Spitze, von welcher das Beamtenthum seine Ausübung herleitete, immer sichtlicher hervortrat. Die alten Volksgerichte wurden zu Gaugerich-

---

3) S. darüber auch die sehr ausführliche Darstellung bei Wetzell § 33 A; bes. Waitz, IV. S. 306.

4) Es versteht sich, daß diese Einführung der königl. Gewalt in das Gericht erst allmählig und keineswegs überall gleichmäßig vor sich ging. Das Wesentliche ist die der ganzen Stellung des Königthums entsprechende Kombination von Beamten- und Volksgericht, die unwillkührlich an die erste Kaiserzeit des alten Roms erinnert.

5) Jeder stand darnach vor Gericht unter seinen Pairs. Freilich zeigen sich auch darin Verschiedenheiten, je nach dem Karakter des Stammes (s. z. B. über die durchweg unter mehr bureaukratischer Regierung stehenden Westgothen, Schäffner I. S. 359) und dem Standpunkt der königl. Macht.

6) Wetzell §. 33 Not. 76.

7) S. bes. über den Geschäftskreis der missi, Wetzell, Not. 26 ffl., Waitz, III. S. 232; Eichhorn, deutsche R.G. § 146 u. die Inaug.-Diss. von E. Dobbert, Heidelberg 1861.

ten, welche der Kaiser, der Gliederung der Monarchie entsprechend, für deren einzelnen Bestandtheile einsetzte[8]).

Wenn das an dem Gerichtswesen der Freien geschah, so war es andrerseits von jeher selbstverständlich, daß über Unfreie der Herr Recht zu sprechen hat. Unter zunehmender Kultur nahm diese ursprünglich willkührliche Befugniß immer mehr die Gestalt einer förmlichen Jurisdiktion an[9]), und wurde um so wichtiger, je mehr die Unfreiheit den Stand der Freien verschlang. Die Justiz über die Unfreien übte der Herr selbst oder durch seine Organe, jedoch nach altgermanischer Sitte unter Zuziehung von Beisitzern aus den Standesgenossen. Davon erscheint die eigene Jurisdiktion des Kaisers über seine Hofleute, Ministerialen und Krongüter nur als ein Beispiel. In gleicher Weise hatten die mancherlei Grundherren, Klöster, Kirchen, Städte die Gerichtsbarkeit über ihre Hörigen. Die Jurisdiktion wird solchergestalt Zeichen der Herrschaft. Und die Exemtionen oder Immunitäten, welche das Gerichtswesen noch bunter machen, sind nicht nur, weil Ausnahmen, sondern auch, weil sie selbst auf Verleihung oder Privileg zurückgeführt wurden, und nicht auf das ursprüngliche Recht der freien Selbstbestimmung, lediglich Bestätigungen desselben Grundgedankens. Die Jurisdiktion fließt bereits, das lehrt sowohl das Schicksal der freien, wie der unfreien Gerichte, aus einer über dem Volke stehenden Autorität.

II. Mit dieser Vorstellung stimmt die kanonistisch-romanische Ansicht, die sich zwar unter vielfältigen Einwirkungen der Herrschaft germanischer Völker und ihrer Gerichtseinrichtungen, aber doch wesentlich auf der Grundlage des altrömischen Kaiserrechts entwickelte, vollständig überein[10]). Im äußeren Anschluß an die po-

---

8) Mit mancherlei Modifikationen für die Grenz-Marken u. s. w., die hier zu übergehen sind. Vgl. darüber die auch nach dieser Seite hin lehrreiche Spezialdarstellung von Kühns, Gesch. der Gerichtsverf. u. des Proz. in der Mark Brandenburg 1865. —

9) Es ist bekannt, daß die Kirche an der Verbesserung der Lage der Unfreien großen Antheil hatte. Erst mit der Einräumung einer rechtlichen, wenn auch noch so beschränkten, Stellung beginnt der Begriff einer Jurisdiktion über die Hörigen.

10) Das Einzelne über die Gerichtseinrichtungen, welche aus dem Zusammenstoß der auf ein demokratisches Gerichtswesen gestellten Germanen

sitiven Quellen und nach dem unbedingt herrschenden Autoritätsprinzip, das sich auch in der kanonischen Gesetzgebung verkörperte [11]), stand es fest, daß die Gerichtsbarkeit aus der Obergewalt, sei es des imperator, des princeps [12]) oder sonstiger Landesherrn [13]), überhaupt als jurisdictio plena oder plenissima aus der potestas de publico, die dann ebenso die Kirche für ihre Rechtspflege in Anspruch nahm [14]), hervorfließt. Man erkannte freilich daneben eine jurisdictio a lege, worunter die nach den positiven, bei der Unkenntniß des altrömischen Prozeßwesens meist mißverstandenen, Quellen, den einzelnen Aemtern zukommende Gerichtsbarkeit verstanden wurde, und eine jurisdictio ab universitate an, welche jeder korporativen Vereinigung die Ausübung der Rechtspflege in ihrem eigenen Kreise gestattete [15]). Indessen auch diese Jurisdiktionsarten stehen auf demselben Fundament, indem für beide immer die öffentliche Autorität, welche das Gesetz ertheilt oder die Korporation billigt, als letzte Quelle erscheint [16]).

Bei solcher Auffassung fehlte Alles, was dem Gerichtswesen

---

mit den an die Bureaukratie des kaiserl. Despotismus gewöhnten Romanen hervorgingen, s. bei Savigny, Gesch. I.; Hegel, Gesch. der Städteverf. in Italien 1847; Pallmann, Gesch. der Völkerwanderung S. 177. Nie hat das echte german. Schöffenthum feste Wurzel in den roman. Ländern geschlagen.

11) S. z. B. c. 20 X. de elect. 1, 6; c. 6 X. de major. 1, 33.

12) Bulgar. §. 2; Pillius II. § 13 sqq. u. bes. Durant. I. 1 de jurisd. omn. jud. § 1; will man noch schärfer das Autoritätsprinzip betont wissen, Marant. P. IV., judic. dist. 5 nr. 3 sqq.

13) Marant. l. c. dist. 12 nr. 20.

14) S. § 20. — So gewiß, daß bei streng kanonist. Schriftstellern weltliche Jurisdiktion der geistlichen eigentlich nachsteht. Ueber die Stellung der ersteren der letztern gegenüber s. Scacc. de jud. I. c. 12. zumal mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der sachlichen Kompetenz.

15) Bartol. in L. 4 de coll. illic. 47, 22 nr. 8. Letzteres ist offenbar für die Entwicklung der Gerichtsbarkeit der Städte, Zünfte, Gilden u. s. w. sehr wichtig. Vgl. besonders über die ital. Verhältnisse Hegel, Gesch. der Städteverf. in Ital. Ueber die Handelsgerichtsbarkeit s. Endemann, Zeitschr. f. Handelsrecht V. S. 355 ffl.

16) Der Gegensatz gegen die altgermanische Anschauung, nach der die Gemeinde aus sich heraus die Jurisdiktion besaß, während sie solche hier immer doch erst unter Sanktion der Autorität hat, vermöge derer sie als legale universitas besteht, ist klar.

den Zuschnitt einer fest organisirten beamtenmäßigen Gliederung verliehen hätte. Das Prinzip der Autorität herrschte von innen heraus. Wenn auch die Gerichte theilweise ständige waren, so war doch von einem festen Schematismus derselben nicht die Rede und die Bestellung unständiger Richter auch innerhalb der jurisdictio de publico an der Tagesordnung (§ 48, I.). Unständige Delegation aber, die allerdings am deutlichsten auf die Herrschaft als Quelle der Justiz hindeutet, widerspricht dem Begriff eigentlichen Beamtenthums.

Von einer Theilnahme des Volkes an der Rechtspflege war keine Rede mehr. Hatte die Schöffeneinrichtung der Germanen vordem Einfluß gehabt, so nahm doch selbst das Beisitzerthum, indem es bald in die Hände der studirten Juristen überging[17]), den Karakter an, welcher der Stellung des Gerichts außerhalb des Volkes entsprach.

III. Unter dem Einfluß dieser Ideen vollzog sich in Deutschland seit Auflösung der fränkischen Monarchie[18]) der weitere Zersetzungsprozeß. Die eigenen Gerichte der Freien gingen unter. Die rasch zunehmende Unfreiheit zerstörte selbst größtentheils die bis dahin erhaltene Selbstständigkeit der Cent- und Markgerichte, welche entweder geradezu Herrschaftsgerichte oder doch als Niedergerichte den höheren Gerichten unterworfen wurden[19]).

Die alten Gau- oder Landgerichte, in welchen früher, wenn auch unter Vorsitz eines kaiserlichen Beamten, die Freien den Mittelpunkt ihrer Rechtspflege gefunden hatten, wurden von den Hofgerichten überflügelt, welchen nunmehr Schöffenbare und höhere Ministerialen als gleichberechtigte Stände zugewiesen erschienen[20]).

So wie die Ständeverhältnisse sich gestalteten, war es unvermeidlich, daß die Jurisdiktion die letzte Erinnerung an ihre

---

17) Hegel I S. 206 ffl. S. § 34 I.

18) S. dazu Stobbe, Z. f. d. R. XV. Nr. 3. Wetzell § 33 B. — Ueber die Entwicklung der königl. Jurisdiktion in Frankreich, welche dort der Feudaljurisdiktion vollständig mächtig wurde, s. Schäffner, bes. II S. 267; Anschütz, Z. f. R.G. V Nr. I; auch v. Daniels, Syst. u. Gesch. des französ. u. rhein. Civilprozeßrechts S. 70 ffl.

19) Wetzell, § 33 Not. 190 ffl.

20) Wetzell S. 342.

Abstammung aus der Selbstthätigkeit der freien Genossenschaft verlor und zum blanken Attribut der Herrschaft wurde. Selbst die Schöffenverfassung gerieth in Abgang.

Mußte mithin die Gestaltung des Gerichtswesens dem Schicksal der Herrschaftsgewalt folgen, so prägt sich in seinem Entwicklungsgange ebensowohl die centralisirende Tendenz der zeitweise starken Kaisergewalt, wie die dem Reiche gegenüber centrifugale Richtung der einzelnen nach Selbstständigkeit ringenden Glieder aus.

Bei der bunten Vielheit der Jurisdiktionsverhältnisse, welche der Gesichtspunkt des Herrschaftsrechts mit sich brachte, lag der einheitliche Zusammenhang des Gerichtswesens, wie aller öffentlichen Verhältnisse, schließlich für jene Epoche allein in dem Feudalnexus, allerdings häufig kaum mehr, als eine ideale Fiktion. Spitze und Quelle der Jurisdiktion ist der Kaiser. Unter ihm stehen in verschiedenen Stufen die Gerichte verschiedener Lehnsherrn und Unterlehnsherrn [21]); und selbst die Immunitätsgerichte reihen sich, als auf besonderer Verleihung oder Rechtserwerbung beruhend, in den pyramidalen Bau der feudalen Jurisdiktion ein.

Allein die Festigkeit derselben litt gleichen Schrittes mit der Schwächung der kaiserlichen Macht. Die alten Gau- und Landgerichte, in denen der Vorsitz vordem im Namen des Kaisers geführt worden war, wurden eigene Gerichte der zu Landherrn emporsteigenden Grafen und Herzöge. Die missi waren längst verschwunden, und die Pfalzgrafen hatten die Stellung von Fürsten eingenommen [22]). Und wenn auch immer noch dem Kaiser eine nicht unbedeutende Jurisdiktionsgewalt durch sein Hofgericht, das an die Stelle des älteren Pfalzgrafengerichts trat, auszuüben übrig blieb [23]), so erwarben doch die einzelnen Territorialherrn im 14. und 15. Jahrhundert allmählich das privilegium de non appellando v. evocando [24]) und damit volle Unabhängigkeit ihrer Gerichte von

---

21) Als dominium utile; s. Wetzell Not. 171 ffl.

22) Wetzell Not. 108 ffl.

23) Wetzell S. 329 u. 337 (über das Hofgericht zu Rotweil) u. bes. Franklin, das Reichshofgericht im Mittelalter I. 1867.

24) Wetzell Not. 160. Die Kurfürsten erhielten es allgemein durch die Aur. bull. XI. 3. Von Darstellungen der partik. Gerichtsverfassungen

der kaiserlichen Gewalt. Aber selbst das, was jene Privilegien noch unberührt ließen, namentlich die nach der älteren Organisation des Reiches dem Kaiser unbedingt zukommende Jurisdiktion über die Reichsunmittelbaren, ließ sich auf die Dauer von der geschwächten kaiserlichen Gewalt nicht erhalten. Um auch nach dieser Seite hin von dem Kaiser und seinem Kammergericht unabhängig zu werden, setzten es die Reichsstände durch, daß 1495 das Reichskammergericht hergestellt wurde, bei dessen Besetzung und Erhaltung Kaiser und Reichsstände, als die nunmehrigen Träger der Reichsgewalt, konkurrirten [25]). Das R.-K.-Gericht ist nicht etwa der Ausdruck dafür, daß „Kaiser und Reich" die Quelle aller oder der obersten Jurisdiktion sei, sondern zunächst nur der Ausdruck des Selbstständigkeitsbewußtseins der Reichsstände, die nicht mehr einer vom Kaiser allein geübten Gerichtsbarkeit unterworfen sein wollten [26]). Selbst hinsichtlich der nach Stiftung des Reichskammergerichts dem Kaiser noch reservirten und von diesem einem Hofraths-Collegium zugewiesenen Sachen erlangten die Stände, daß die Reichssachen, im Gegensatz zu den erbländischen des Kaisers, ausgeschieden und insoweit jenes Gericht zum Reichshofrath umgebildet wurde [27]).

An diesen Reichsgerichten, deren Organisation die Stellung der Reichsstände zu der höchsten Reichsgewalt bezeichnet, hatten alle Anderen keinen Theil. Wer nicht reichsunmittelbar war, unterlag der territorialen oder lokalen Gerichtsbarkeit des Landes- oder Grundherrn, der Stadt, des Stiftes u. s. w., die, nach juristischer Vorstellung auf den Grund der Beleihung oder des Privilegs zurückgeführt, in Wirklichkeit überall da vorhanden war, wo Selbstständigkeit nach oben und Herrschaft nach unten eine eigene Jurisdiktion rechtfertigte. Begreiflicherweise haben dabei die Gerichtseinrichtungen der einzelnen Berechtigten, vor Allem der mit eigener Gerichtsbarkeit versehenen Städte, im Innern zahl-

---

sind bes. zu nennen: Kopp, ausführl. Nachricht von der Gerichtsverf u. s. w. in den hessen-kassel. Landen, 2 Bde. 1769 u. Kühns, Gesch. der Gerichtsverf. u. des Proz. in der Mark Brandenburg. I. 1865.

25) Wetzell S. 330 ffl. Thudichum, Zeitschr. f. d. R. XX. S. 148 ffl.; Stobbe, Gesch. I 1, 12. S. 191 ffl.

26) S. unten § 48, 10.

27) Wetzell S. 333.

reiche, dem Wechſel des Regimentes entſprechende Wandlungen durchgemacht[28]).

IV. Seit der Reformation löſte ſich der alte Reichsverband vollends auf. Nicht blos wurde von Neuem den Kurfürſten, ſondern immer häufiger auch anderen Fürſten und Gerichtsherrn ein förmliches privilegium de non appellando den Reichsgerichten gegenüber gewährt[29]). Faktiſch waren die letztern ſchon nicht mehr der Mittelpunkt der Reichsgerichtsbarkeit, ſondern nur die Sondergerichte der einzelnen Klaſſe der Reichsunmittelbaren. Der weſtfäliſche Frieden[30]) brachte den Reichsſtänden geradezu die Anerkennung einer Selbſtſtändigkeit, die ſie ſo gut wie ſouverän erſcheinen ließ.

Man kann die Periode, in welcher ſonach der Zuſammenhang des feudalen Verbands des Reiches aufgelöſt wurde, als die Zeit der patrimonialen Jurisdiktion bezeichnen[31]). Die Jurisdiktion von Kaiſer und Reich, dem Souveränitätsgelüſte der Einzelnen immer widerwilliger, ſank zu einem Schattenbild herab. Anſtatt einer aus einheitlicher Quelle fließenden Geſammtgerichtsbarkeit, beſtanden ſo viele auf eigenen Quellen beruhende Jurisdiktionen, als es ſelbſtſtändige Herrſchaften gab, deren Verſchiedenheiten an Umfang und Karakter den Mangel innerer Zuſammengehörigkeit, die Verwirrung und Kolliſion noch ſteigerten[32]).

---

28) Daß das ſich vorzugsweiſe da zeigt, wo die ſtetige monarchiſche Spitze, als welche die Territorial= und Grundherrn bezeichnet werden können, fehlt, ergibt ſich von ſelbſt. Das Nähere über die Städte, den Einfluß der Abhängigkeit von einem Oberherrn, des Patriziertthums, der Zünfte u. ſ. w. auch auf die Geſtaltung des Gerichts ſ. bei Hegel, beſ. S. 460 ffl.

29) Wetzell Not. 162 ffl.

30) J. P. O. VIII, 1. — Wetzell S. 340.

31) Die Juriſten unterſcheiden zwar die p. patrimonialis von der immerhin mehr den Karakter einer publica an ſich tragenden jurisd. der principes u. ſ. w. Allein das innere Weſen auch der letztern iſt patrimonial, bis ſich die Anfänge des modernen Staates zeigen.

32) Cf. Carpzov. pr. c. II, 1 § 1—11 u. II, 2. Ein gutes Bild davon gibt F. E. Pufendorf, de jurisdictione Germanica 1750; ſ. auch allenfalls Stryk, us. mod. tit. de jurisd. Claproth, ord. Proz. § 15 ffl., auch noch Glück, Comm. III § 184 ffl. — Wie man ſich die Innehabung und Ausübung der Landesherrn unter dem Reich dachte, ſ. beſ. Carpzov. l. c. II, 2 § 3.

In dieser Periode liegt die tiefste Erniedrigung der Rechtspflege. Das Recht, Recht zu sprechen, einst Recht und Pflicht der Bürger, nun nicht einmal mehr von Kaiser und Reich getragen, als Herrschaftsrecht in die Hand der einzelnen Herren oder Inhaber gelegt, wird schließlich zu einem der willkührlichen Disposition unterliegenden, nutzbaren dominium oder patrimonium.

Von solchem Standpunkte aus war jede Mitwirkung des Volkes ausgeschlossen und die rein willkührliche Ausübung von Seiten des Inhabers, sei er ein Einzelner, eine Stadt, Korporation u. s. w., durch lediglich in seinem Mandat stehende Beamte gerechtfertigt. Der extremsten Ausartung der Herrschaftsideen und der völligen Entfremdung des Volkes entspricht die Besetzung mit abhängigen, in dem Studium des romanisch-kanonistischen Rechts großgezogenen Juristen [33]). Nothwendig ist dadurch eine vielfache Umgestaltung der inneren Organisation bedingt. Vor Allem muß die Kollegialverfassung vielfach der dem patrimonialen Wesen geeigneteren Einzelrichterverfassung Platz machen (s. § 37). Unständige Gerichte oder Richterbestellungen für einzelne Sachen sind nach dem Muster des kanonischen Systems in vollem Gebrauch (§ 48 I), obwohl in den rechtsgelehrten Richtern ein ständiges Beamten- oder Juristenthum existirte.

Indessen darf bei diesem Bilde nicht vergessen werden, daß überall, wo die partikulare Herrschaft nach ihrer Größe und Bedeutung zu einer wirklich staatlichen Ordnung führte, jener patrimoniale Karakter sich in der Regel, wenn auch nicht immer, abstumpfte. Der moderne Staat, der die Jurisdiktion zu einer staatsrechtlichen Pflicht erhebt, ist von Haus aus der Widerspruch gegen das patrimoniale System. Nothwendig mußte daher die Staatsgerichtsbarkeit selbst die kirchliche und jedenfalls die patrimoniale Gerichtsbarkeit anderer Inhaber absorbiren. Allein einstweilen, während der moderne Staat sich erst zu konsolidiren

33) Daß die Rezeption, Erhaltung und Pflege des fremden Rechts innigst mit den Bedürfnissen der Autoritäts-Herrschaft zusammenhängt, ist schon oft bemerkt worden. Ueber die Besetzung im Gerichte mit Rechtsgelehrten s. Stobbe, Gesch. der d. Rechtsquellen I S. 171; Eichhorn, d. R.G. § 427; und insbes. des Reichskammergerichts Thudichum, Zeitschr. f. d. R. Bd. 10 S. 148.

begann, bestand letztere doch noch innerhalb und unter der Staatsgerichtsbarkeit bis in das 19. Jahrhundert hinein vielfach fort.

§ 20.

2. Die heutigen Zustände.

Wetzell § 33, C.

I. Durch die Auflösung des deutschen Reichs, welche die einzelnen Glieder, soweit sie nicht mediatisirt wurden, souverän machte, fanden die Reichsgerichtsbarkeit, Reichskammergericht und Reichshofrath ihr Ende. Als letzter Rest davon wurde in die bundesstaatliche Verfassung Deutschlands die Bestimmung aufgenommen[1]), daß, wenn in einem einzelnen Staate beharrlich die Justiz verweigert werden sollte, eine Beschwerde dieserhalb an die Bundesversammlung stattfinden sollte.

Nachdem auch der deutsche Bund aufgehört hatte, existirte vollends nur noch Gerichtsbarkeit der einzelnen souveränen Staaten Deutschlands, deren völlige Unabhängigkeit auch schon durch die Bundesakte dadurch bestätigt war, daß sie für alle Bundesstaaten eine oberste Instanz für erforderlich erklärte[2]). Sie sprach in dieser Hinsicht die Erwartung aus, daß Bundesstaaten mit einer geringeren Volkszahl, als 300,000 Seelen, mit verwandten Häusern oder anderen Bundesgliedern, wie auch die vier freien Städte unter sich, zur Bildung eines gemeinsamen höchsten Gerichtshofs sich vereinigen werden; will aber umgekehrt die eigenen Gerichtshöfe dieser Art, welche bereits bestehen, erhalten wissen, wo die Zahl der Unterthanen des einzelnen Staates wenigstens 150,000 beträgt.

Endlich war bundesgesetzlich[3]) den Mediatisirten, welche an sich der Gerichtshoheit der betreffenden Einzelstaaten unterworfen wurden, eine eigene Patrimonialgerichtsbarkeit in erster und, wenn ihre Besitzungen groß genug, in zweiter Instanz garantirt worden[4]).

---

1) Der Wiener Schlußakte v. 15. Mai 1820 Art. 29.

2) Art. 12.

3) Art. 14 der B.-A.

4) Wie sich das jetzt gestalten wird, muß abgewartet werden. Ausdrücklich ist die Organisation des Gerichtswesens nicht der Bundesge-

II. In den einzelnen Staaten gilt nach der überkommenen Idee der Souverain als Träger der Jurisdiktion. Allein nicht als Patrimonialherr, sondern als Staatsoberhaupt. Die Gerichtsbarkeit ist nach den Verfassungsgesetzen dieses Jahrhunderts zweifellos aus einer landesherrlichen zu einer Staatsgerichtsbarkeit geworden (§ 19 a. E.)[5]. Bei manchem Schwanken in Betreff der Stellung des Souveräns ist es doch anerkannter Grundsatz, daß die Herstellung der Justiz sittliche und daher nothwendige, unveräußerliche Aufgabe des Staates ist.

Eben darum kann die Staatsgerichtsbarkeit, ihrem Wesen nach einheitlich und allumfassend, nicht noch andere Gerichtsbarkeiten neben sich dulden, welche früher gleichberechtigt neben der patrimonial-landesherrlichen Jurisdiktion standen[6].

Durch die Unabhängigkeit der Rechtspflege von der Kabinetsjustiz und die Ständigkeit des Gerichtswesens (§ 23. 32, I.) ist der Gegensatz der Staatsgerichtsbarkeit gegen die Unterstellung eines willkührlichen, der freien Disposition des Inhabers unterworfenen Rechts genügend gekennzeichnet[7]. Dabei beruht die Einrichtung der Staatsgerichte für Civilsachen regelmäßig auf dem Beamtenrichterthum. Indem die Richter als technische, vom Staat eingesetzte und hinsichtlich ihrer Amtsführung der Disziplinargewalt der Regiernng unterworfene Beamte erscheinen, zeigt die ganze Gestaltung der Rechtspflege gerade in Verbindung mit der materiellen Unabhängigkeit des Richterspruchs wesentlich einen bureaukratischen Zuschnitt[8].

---

walt übertragen worden. Vf.-Urk. des norddeutsch. Bundes Art. 4 Nr. 12. S. § 24 Not. 3.

5) S. über deren Entwicklung in Frankreich Schäffner, IV Kap. 14.

6) Wenn Wetzell § 33 a. Schl. die Einförmigkeit und den Mangel an historischem Sinn, d. h. die Zertrümmerung der interessanten feudal-patrimonialen Gerichtsverhältnisse, in der heutigen Organisation bedauert, so kann das nur die nützliche Folge haben, sich um so lieber des unendlichen Fortschritts recht bewußt zu werden und zu freuen, der im Vergleich zu früher in den heutigen einfachen Zuständen des Staatsgerichtswesens liegt.

7) S. auch § 47, A. bes. Not. 5.

8) Daß unsere heutigen Gerichte äußerlich am meisten an die spätere röm. Kaiserzeit und ihren Beamtenschematismus erinnern, ist klar. Allein die Trennung der Justiz von der Verwaltung und die Unabhängigkeit der

Indessen läßt sich das Streben nach Theilnahme des Volkes an der Rechtspflege, welche dem Volksrichterthum von Neuem die Gerichte öffnet, schon nicht mehr ignoriren. Der Versuch, Handelsrichter, Schöffen oder Geschworene einzuführen, ist dafür Beweis[9]).

§ 21.

C. Die Gerichtsbarkeit der Kirche.

Linde § 60; Heffter § 32. 61. 72; Schmid § 31; Osterloh § 61; Wetzell § 32. — Sodann: Walter, Lehrb. des Kirchenrechts 8. Aufl. § 176 ffl. Richter, Lehrb. des Kirchenrechts; 6. Aufl. von R. W. Dove § 206 ffl.

Schon im römischen Reiche findet sich eine eigene Gerichtsbarkeit der christlichen Kirche[1]). Anfangs von rein schiedsrichterlichem[2]), dann von korporativem Karakter, erweiterte und befestigte sie sich mit der zunehmenden Macht der Kirche[3]). Von dem kanonischen Standpunkte aus forderte und erlangte sie nach hartem

---

ersteren von Kabinetsbefehlen gibt ihnen innerlich einen unendlichen Vorsprung. Wenn unser Gerichtswesen vielfach nach Bureaukratie schmeckt, so steht es doch weit über den oft noch fälschlich gepriesenen, patriarchalisch-patrimonialen Zuständen, wenn auch sicher das nicht das Ziel, bei dem die Entwicklung bleiben wird.

9) Vgl. v. Arnold, Umgestaltung des Civ.-Proz. 1863 II. Waitz, Grundzüge der Polit. 1862 S. 79. Müller, Arch. f. civ. Pr. Bd. 46 S. 125 (über erstinstanzliche Schöffengerichte) u. Breitling, das. S. 335. So ist in der That das Gerichtswesen der Ausdruck des gesammten politischen Zustandes und der politischen Richtung. Das gilt ebenso von der liberal-bureaukratischen Organisation Frankreichs (s. Schäffner, IV. Kap. 13), wie von der auf Jury und ein ganz anderes Beamtenthum gegründeten Organisation Englands (s. Rüttimann, engl. Civ.-Proz. § 76—122 u. bes. Gneist, Verwaltungsrecht II § 118 ffl.; über die Civiljury dass. I § 25, über den Antheil der Grafschaft an der Justiz überhaupt § 20 ffl. und über die neuen Kreisgerichte § 26.) Vgl. auch Bluntschli, allg. St.R. II S. 224 Nr. 5.

1) Rudorff, Rechtsgesch. II § 11 Not. 25; Bethmann-Hollweg III § 139.

2) L. 1 Cod. Theod. de episcop. L. 7. 8 Cod. de episc. aud. 1, 4. Nov. Val. c. 12.

3) S. Richter a. a. O. u. bes. die dort citirten Schriften von Dove, de jurisdictionis eccles. apud Germanos Gallosque progressu. 1855; sowie die Sendgerichte in der Z. f. d. R. XIX. u. Z. f. K.R. V. u. Friedberg, de fin. int. eccles. et civit. regund. jud.

Kampf die Jurisdiktion unbedingt über alle Rechtssachen der Kleriker, Kirchen und Klöster[4]), häufig selbst dann, wenn vermöge des Grundsatzes: actor sequitur forum rei nach dem Stande der Gegenpartei ein anderes Gericht die Gerichtsbarkeit hätte ansprechen können. Sachlich sollte sich das Recht der Kirche über alle res spirituales hisque annexae erstrecken[5]). Dazu gehörten auch diejenigen, in welchen der Begriff kanonischer Sündlichkeit zum Vorschein kam und darum schloß namentlich die Lehre von der usura, welche in letzter Linie das ganze Verkehrsleben in seiner aequitas canonica zu überwachen gebot[6]), eine höchst bedeutende Ausdehnung der Jurisdiktion in sich[7]).

Auf der Höhe ihrer Macht stellte die Kirche diese ihre Jurisdiktion, die bei der Dehnbarkeit des Begriffs geistlicher und verwandter Sachen stets der Erweiterung zugänglich blieb, nicht nur gleichberechtigt und völlig getrennt[8]) neben die weltliche, sondern strebte sogar nach dem Uebergewicht.

Die Einrichtung des geistlichen Gerichtswesens nahm denselben feudalen Karakter an, den das weltliche an sich trug[9]). Als Spitze und oberster Inhaber erscheint der Pabst, von dem in verschiedener Abstufung die Jurisdiktion der Bischöfe, Klöster, Stifter und der niederen geistlichen Würdenträger ausströmt[10]).

Durch die Reformation wurde die geistliche Gerichtsbarkeit, an deren Beschränkung übrigens schon vorher gearbeitet worden war[11]), in den protestantischen Ländern an den Landesherrn gebracht, indessen auch hier noch lange Zeit von der weltlichen gesondert durch die Konsistorien verwaltet. In den katholischen

---

4) Auth. Statuimus (Friedrich's II.) Cod. de episcop. 1, 3.

5) Richter § 207 I.

6) Vgl. Endemann, nat. Grunds. § 9; Richter § 222.

7) Daneben ließe sich noch erwähnen, daß die Kirche auch aller Angelegenheiten Hülfsbedürftiger (pers. miserabiles) sich anzunehmen Beruf fühlte.

8) C. 13. X. de jud. 2, 1; s. auch München, S. 10 N. 7.

9) S. bes. Durant. I, 1 de jurisd. omn. jud. § 1 nr. 8—9 u. Marant. IV. dist. 11 u. bes. Scacc. de jud. I c. 11.

10) Welche bunte Menge, abgesehen von den Delegaten, s. Scacc. 1 c. c. 17—27.

11) Richter § 208. — Carpzov. pr. j. I, 2.

Ländern konnte von einem Uebergang auf die landesherrlichen Behörden vorläufig nicht die Rede sein.

Allein das neuere Staatsrecht [12]) hat sowohl die eigene Jurisdiktion der katholischen Kirche, wie die protestantische Konsistorialjurisdiktion in den Gebieten, welche für die Civilprozeßlehre allein in Betracht kommen, regelmäßig ganz und gar beseitigt. Der Kirche bleibt die Disziplin über ihre Glieder, insbesondere die Geistlichen, und die Erledigung der causae spirituales, die gar nicht Justizsachen sind. Dagegen sind alle bürgerlichen Rechtsangelegenheiten, selbst der Geistlichen, und alle Streitsachen über äußerliche Güter der Kirche den weltlichen Gerichten überwiesen. Wenn in irgend einer Richtung noch Unsicherheit, selbst nach den neuesten Konkordaten [13]), zwischen dem Staat und der katholischen Kirche vorhanden ist, so sind es die Ehe- bzw. Verlöbnißsachen.

Im Uebrigen braucht von der Gerichtsbarkeit der Kirche für den Civilprozeß kaum noch gehandelt zu werden. Soweit sie etwa in Civilsachen noch besteht, erscheint sie nicht mehr als eine eigene, der Staatsjurisdiktion koordinirte, sondern nur noch als eine von dem Staate zugebilligte Sondergerichtsbarkeit [14]).

Die früher, zwar nie gemeinrechtlich, wohl aber mitunter partikularrechtlich, anerkannte eigenartige Jurisdiktion der Rabbinen [15]) muß vollends für antiquirt gelten.

§ 22.

D. Die Patrimonialgerichtsbarkeit.

Martin § 41. 68; Linde § 72; Heffter § 47; Schmid § 36; Bayer § 63. 58; Osterloh § 68; Wetzell § 35 Not. 45 ffl. — Dazu Zachariä, deutsch. St.R. § 178.

I. Die Patrimonialgerichtsbarkeit einstmals, da selbst die Gerichtsbarkeit der Territorial- oder Landesherrn ursprünglich patri-

---

12) S. § 17 III. Vgl. auch Bluntschli, allg. Staatsrecht II. S. 327.

13) Richter § 208 Not. 14.

14) Im Sinne des § 41. — Wetzell a. a. O. stellt sie, schwerlich ohne Absicht, vor die landesherrliche Gerichtsbarkeit. Renaud § 22, 4 läßt wenigstens die Jurisdiktion der katholischen Kirche dem Staate „nicht gehören"; womit freilich noch nicht gesagt ist, wieweit die kathol. Jurisdiktion geht.

15) L. 8 15 Cod. de Jud. reden nur von gewöhnlicher Schieds-

monialen Karakter hatte [1]), die Regel, tritt zu der heutigen Staatsgerichtsbarkeit, welche sich dieses patrimonialen Karakters entäußert hat, in offenbaren Gegensatz. Sie beruht, während jene mit dem Wesen des Rechtsstaates unmittelbar gegeben ist, auf der Idee einer durch besondere Rechtstitel verliehenen Innehabung der Jurisdiktion. Eine solche Innehabung wurde den Standesherrn und dem ehemals reichsunmittelbaren Adel bundesgesetzlich garantirt [2]), stand aber häufig auch anderen Adeligen und Gutsherrn zu. Nicht minder sind auf einen speziellen Titel zurückgeführte Jurisdiktionsrechte von Städten und Korporationen, Zünften, Gilden und andere Selbstjustiz in einzelnen Kreisen hierher zu zählen. Man hat dabei wohl jurisdictio patrimonialis personalis und praediatoria unterschieden, je nach dem das Recht vornehmlich, wenn auch unter Voraussetzung eines gewissen Grundbesitzes, an die Person, oder geradezu an ein gewisses Gut geknüpft erscheint [3]). Indessen ist der Widerspruch gegen die Einheit der Staatsgerichtsbarkeit so groß, daß häufig die Patrimonialgerichtsbarkeit durch neuere Gesetze, oder Vereinbarungen mit den Inhabern, total beseitigt, oder doch auf die bundesgesetzlich privilegirte beschränkt worden ist [4]).

II. Soweit sie noch besteht, gründet sie sich auf Verleihung, Privileg oder Erwerb durch unvordenklichen Besitz. Damit wird ihre selbstständige Existenz juristisch bezeichnet. Gleichwohl bringt es die Ausschließlichkeit der Staatsjustizhoheit mit sich, daß doch immer die patrimoniale Innehabung, wie früher schon dem Feudalnexus, jetzt der Gerichtsbarkeit und Justizorganisation des Staates sich unterordnen und einfügen muß. Jedenfalls bilden,

---

richterthätigkeit; s. Boehmer, electa jur. III p. 432. — S. dagegen z. B. Thomas, Fuld. Privatr. § 271; Beck, de jure Jud. c. 16 § 4.

1) S. § 19 III. — Zur Karakteristik vgl. Schulze, Einl. in das deutsch. Staatsrecht 1865 § 44; Waitz, deutsch. Verf.-Gesch. II.; auch Zachariä, d. St.R. I § 16 Not. 9. — Ueber den frühen Verfall der Patrimon.-Ger. in England s. Gneist, Selfg. I S. 76 ffl.

2) S. § 20, 3. Auch die standesherrliche Jurisdiktion ist eine patrimoniale; denn die Standesherrschaft hat nimmermehr das Wesen eines Staates.

3) Daher denn Aufhören durch Verlust des Gutes, bzw. Untergang der berechtigen Familie u. s. w. S. Bertling de modis quibus jurisd. patr. finitur. Lips. 1843.

4) Zachariä Not. 7. — Desuetudo und gesetzliche Aufhebung (mit oder ohne Entschädigung) sind die Gründe, die am stärksten daran zehren.

da sie höchstens bis zur zweiten Instanz reicht[5]), für sie die höheren Staatsgerichte die vorgesetzte Instanz. Außerdem nimmt der Staat die Justizhoheit, d. h. das Recht der Gesetzgebung und Oberaufsicht[6]) in Anspruch. Ja, in der Regel wird sie, was das Recht des Inhabers anlangt, geradezu nur als ein von dem Staate übertragenes oder gebilligtes dominium utile betrachtet[7]); wie ihr denn auch, was den Karakter ihrer Ausübung betrifft, jetzt die Eigenschaft einer öffentlichen, auf die Quellen der Staatsgewalt zurückzuleitenden Gewalt beigelegt wird[8]).

III. Der Hauptunterschied von der Staatsgerichtsbarkeit liegt darin, daß bei der Patrimonialjurisdiktion jene Trennung zwischen Justizhoheit und Ausübung der Rechtspflege, wie sie der ersteren jetzt eigen, wenigstens nicht vollständig eingetreten ist. Im Ganzen herrscht noch die Vorstellung, daß in der Innehabung des Patrimonialgerichtsherrn Beides vereinigt sei; daher denn, obwohl Willkühr und Mißbrauch der Disposition, sowie des Einflusses auf die Gerichte für unstatthaft erklärt wird, doch im Ganzen die Patrimonialgerichte für unselbstständiger gelten[9]).

Indessen soll auch der Patrimonialherr nicht mehr befugt sein, persönlich die Justiz auszuüben[10]). Er muß vielmehr dazu fähige Einzelrichter (Justitiare, Aktuare, Gerichtshalter) oder Gerichte bestellen. Mitunter wird dazu Staatsgenehmigung erfordert; manchmal erscheint sogar das Bestellungsrecht zu einer blosen Präsentation zusammengeschrumpft. Im Uebrigen werden

---

5) Nach Art. 14 der B.A. für die Standesherrn; für alle übrigen ist vollends die Patrimonialgerichtsbarkeit nur eine niedere.

6) Wetzell Not. 48. Die Grenze der Berechtigung ist freilich nicht zu bestimmen, da eben der Staat nothwendig strebt, sich die Patr.-Ger. zu assimiliren.

7) Martin § 41. Das ist sicher unhistorisch; denn größtentheils waren diese Rechte der Inhaber längst da, ehe der heutige Staat existirte; aber der richtige Ausdruck der Idee, daß der Staat, wenn einmal noch Patrimonialjurisdiktion besteht, unmöglich dieselbe selbstständig lassen und insoweit sich seiner Rechtsaufgaben entäußern kann.

8) Zachariä a. a. O. II.

9) Es bedarf kaum der Ausführung, wie sich von allen Seiten her die Patr.-Jur. als eine Zwittergestalt ohne innere Berechtigung erweist.

10) Also Ausschließung der Kabinetsjustiz in diesem Sinne; s. Zachariä Not. 11; Renaud § 26, 22; Wetzell Not. 50 gegen Osterloh Not. 11 u. P.G.O. Art. 2; vgl. unten § 23.

die Rechte und Pflichten der Staatsrichterbeamten, soweit dies thunlich, hieher erstreckt[11]), mithin dem Patrimonialrichter eine öffentliche Stellung zugewiesen.

VI. Der Patrimonialherr ist mit seinem Recht zugleich dem Staate, welcher stets die letzte Garantie zu tragen hat, verpflichtet, für die gehörige Ausübung der Justiz zu sorgen [12]), widrigenfalls ihn außer privatrechtlicher Haftungspflicht nach manchen Landesgesetzen, wie wegen jeden Mißbrauchs, der Verlust der Gerichtsbarkeit trifft. Er muß die erforderlichen Aufwände tragen, bezieht dagegen die Sporteln, Strafgelder und sonstigen Revenüen[13]). Allein jedenfalls gilt die Patrimonialgerichtsherrschaft so weit vorwiegend für ein Recht, daß Verzicht möglich erscheint[14]).

E. Inhalt der Gerichtsbarkeitsrechte des Staates.

§ 23.

1. Ausschließung der Kabinetsjustiz und Unabhängigkeit der Gerichte.

Martin § 9 Not. g ffl.; Linde § 103; Heffter § 66; Schmid § 20; Bayer § 9 B.; Osterloh § 7. 8. 10; Wetzell § 34 Not. 7.

I. Wenn die Gerichtsbarkeit im weiteren Sinne (s. § 17 I.) ein Recht des Staates oder des Staatsoberhauptes genannt wird, so muß doch sofort eine wesentliche Beschränkung hinsichtlich der Ausübung desselben hinzugefügt werden.

Die Rechtspflege ist den Gerichten als Organen des Staates unwiderruflich [1]) und dergestalt übertragen, daß sie in deren

---

11) Wetzell Not. 51 ffl. — Daher ist es allerdings auch nicht mehr zutreffend, die Stellung des Justitiars als ein gewöhnliches Mandat anzusehen; Osterloh Not. 12; Zachariä Not. 15; Renaud das. Not. 23.

12) Wetzell Not. 49; Zachariä a. a. O. III A; bes. Not. 9.

13) Von dem Wesen eines „nutzbaren Rechtes“, das früher zum Vorschein kam, ist jetzt freilich kaum noch die Rede. Es handelt sich um ein, meist kostspieliges, sog. Ehrenrecht.

14) Osterloh Not. 15.

1) nach der verfassungsmäßigen Organisation. Den verfassungsmäßigen Gerichten kann nicht die Befugniß zur Rechtspflege willkührlich genommen werden. Zachariä, d. St.R. § 175 Not. 1.

Handhabung durchaus selbstständig sind. So wenig einerseits die Befugniß der Rechtspflege den bestehenden Gerichten, namentlich durch Kommissionsertheilungen und Bestellungen von Ausnahmegerichten (s. § 41) entzogen oder geschmälert werden soll, ebensowenig soll der Staatsgewalt irgend eine positive Einwirkung auf die Handhabung des Rechts im einzelnen Falle zustehen.

II. Im R. R. waren ursprünglich die Gerichte lediglich auf ihr eigenes, nach Recht und Gewissen bestimmtes Urtheil verwiesen [2]).

Das ganze Institut des Volksgerichtes erscheint als eine Garantie wider Eingriffe der Regierungsgewalt in die Rechtssprechung [3]). In der Zeit der Despotie dagegen waren persönliche Einmischungen und Machtgebote der Kaiser nicht selten [4]). Dem Autoritätsprinzip widerspricht die volle Selbstständigkeit der Gerichte.

Man kann letztere daher auch nicht im kanonischen Recht suchen [5]).

In Deutschland gab es nach Untergang der alten Volks- und Schöffengerichtsverfassung [6]) nur abhängige Gerichte. Nach der Idee der patrimonialen Innehabung der Jurisdiktion waren die Gerichte nur wirkliche Mandatare des Gerichtsherrn und daher die

---

2) L. 79 § 1 de judiciis § 5, 1; hinsichtlich der faktischen Beurtheilung. Einholung einer Rechtsbelehrung ist noch kein Bruch der Unabhängigkeit.

3) Ueber die Unabhängigkeit des judex priv. von dem Magistrat s. auch Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II. § 71 Not. 72 ffl.

4) Der ganze Reskriptsprozeß, Bethmann-Hollweg III. 164, die consultationes ante sententiam, das. § 137 S. 90, und Supplikation, das. S. 92, gehören dahin, ebenso andere Evokationen u. dgl. Man kann im Ganzen sagen, daß die Kabinetsjustiz immerhin mit einer gewissen Form und Manier geübt wurde. — Daneben wurden die Richter, soweit sie zu judiziren hatten, noch von Justinian auf ihre unabhängige Ueberzeugung verwiesen. Nov. 113 c. 1. 125.

5) Die consultatio principis s. pontificis ante sententiam war aus dem röm. R. rezipirt. Cf. c. 68 X. de appell. 2, 28 und Gonzal. Tell. comm. in h. l.

6) Bis dahin hatte der Kaiser (Sachsensp. III, 26; kl. Kaiserrecht I. c. 3), Landesherr (Sachs. III, 30; Constit. de a. 1220. 1232) oder selbst Patrimonialherr (Kaiserr. I, 119) zwar das Gericht zu hegen, aber das Urtheil finden die Schöffen durchaus selbstständig (Sachsensp. II, 30; kl. Kaiserr. I, 9—10).

persönliche Einwirkung des letztern auf den Gang der Justiz unvermeidlich.

Mit den ersten Anfängen des Rechtsstaates aber mußte auch die Unabhängigkeit der Gerichte erstrebt werden. Sogleich bei Errichtung des Reichskammergerichts, in welchem die Justiz des deutschen Reichs zuerst wieder eine rechtliche Gestaltung annahm, wurde von den Ständen [7]) der Kaiser gedrängt, jedem Eingriff in dessen Rechtspflege zu entsagen, und in der Folge die deshalb ertheilte Versicherung häufig wiederholt [8]). Auch in den Territorien erlangte man seitdem vielfach von den Landesherren Versprechungen einer unabhängigen Justizpflege [9]).

In den meisten deutschen Ländern ist seit 1815 die Unmöglichkeit von Kabinetsbefehlen, durch welche die Regierung die Behandlung und Entscheidung einzelner Rechtsstreitigkeiten zu beeinflussen suchen möchte, durch Verfassungsurkunde ausdrücklich bestätigt [10]). Jedenfalls ist die Ausschließung der Kabinetsjustiz ein Fundamentalsatz des heutigen Staatsrechts [11]).

III. Ausgeschlossen ist zunächst die Einwirkung des Regenten und seiner Administrativbehörden auf die richterliche Kognition. Sodann aber auch der Eingriff in die Leitung des Verfahrens und die Vollziehung der Gerichtssprüche [12]). Ob dies durch Befehle

---

7) zunächst aus durchaus eigensüchtigen Motiven; s. § 19, 25.

8) R.K.G.O. von 1495 § 1. 25; R.A. v. 1512 § 13; R.K.G.O. von 1555, bes. Thl. I. Tit. 13 § 2. Dep.-Absch. von 1600 § 15. J. R.A. v. 1654 § 108. 166; Wahlkap. von 1792 Art. 16 § 4. 7. 12 ffl.; Art. 18 § 6. — S. insbes. Pfeiffer, die Selbstst. u. Unabh. des Richteramtes; 1851 § 2; Zachariä, d. St.R. § 170. Vgl. § 48, 10.

9) Wetzell § 34 Not. 12; Pfeiffer a. a. O. § 3. — Wie es indessen häufig aussah, s. die Citate bei Zachariä, a. a. O. Not. 9.

10) Zachariä a. a. O. Not. 13. Mitunter auch in Prozeßordnungen, s. Bad. P.O. von 1864 § 6. Preuß. Allg. G.O. III, 1; Hess. Ed. vom 26. Nov. 1743; Bair. V.U. IV, 8; Kurhess. V.U. § 123.

11) Nicht deshalb, weil „die Doktrin ihm (nach Montesquieu, de l'esprit des lois VI c. 5) die Bedeutung eines allg. Prinzips vindizirt hat" (s. Wetzell § 54 Not. 13), sondern weil ohne das der Rechtsstaat gar nicht möglich ist. S. auch Stahl, Rechts- und Staatslehre II. § 139. Daher denn auch die Anerkennung in allen civilisirten Staaten; s. Pfeiffer a. a. O. § 7. Es gibt freilich noch politische Parteien, die an dieser „Souveränität" der Gerichte nur zu gern rütteln.

12) Pfeiffer a. a. O. S. 305—306 und die dortigen Hinweisungen.

geschieht, welche die Justiz verhindern, bezw. hemmen sollen, oder durch Befehle, welche einen positiven Einfluß auf die Prozeßleitung, Kognition oder Exekution bezwecken [13]), ist für den Begriff einerlei [14]). Mithin bleiben dem Staatsoberhaupte nur die im folgenden Paragraphen darzustellenden justizhoheitlichen Befugnisse.

Rechtlich sind die Gerichte in ihrer Rechtspflege hiernach vollkommen unabhängig [15]). Sie sind in allen diesen Stücken selbst von den ihnen vorgesetzten Justizbehörden unabhängig, welche zwar ein fehlerhaftes Urtheil oder Verfahren im Wege eines Rechtsmittels beseitigen, niemals aber darüber im Voraus bindende Befehle im Administrativwege ertheilen können [16]). Als besonderer Schutz dieser Unabhängigkeit aber dient die Unabsetzbarkeit der Richter und die Ständigkeit des Gerichtswesens (s. § 32 I).

IV. Wenn dennoch Kabinetsbefehle der erwähnten Art ergehen, so sind die Gerichte, insbesondere die Richter kraft des Richtereides [17]) verpflichtet, keine Folge zu leisten [18]). Zugleich sind solche Verfügungen prozessualisch nichtig [19]), also für die Parteien unverbindlich. Dabei kann es keinerlei Unterschied machen, ob der betreffende Kabinetsbefehl eine Sistirung, bezw. Hemmung der

---

— S. auch insbesondere Wahlkap. Art. 16 § 7. 8; Art. 17 § 1. — Denn Beides geschieht lediglich nach dem Gesetz. Der Regent hat auch nach heutigem Staatsrecht nicht einmal mehr die Hegung oder den Vorsitz des Gerichts; keineswegs blos deshalb (wie Wetzell a. a. O. Not. 7 meint), weil dazu gelehrte Bildung gehört. S. auch Bluntschli, allg. St.R. II. S. 203 Not. 3.

13) Dahin gehören Inhibitionen, Aktenabforderungen, Annulationen u. a. Machtsprüche. Pfeiffer das. S. 303 ffl.

14) Auch für die Wirkung; s. IV.

15) Ob sie faktisch unabhängig sind, ist erfahrungsgemäß eine andere Frage, welche häufig zu der Erwägung führt, ob überhaupt Beamtenrichter (ungeachtet der bestehenden Garantieen) dem Bedürfniß voller Unabhängigkeit genügen.

16) Gesetzl. Bestätigungen dieses Satzes s. bei Renaud § 20, 5.

17) Pfeiffer a. a. O. S. 315.

18) Sogar bei Strafe, wie Justinian in einer liberalen Anwandlung durch Nov. 113 c. 1. 2. i. f. dekretirte. Eine besondere Entlassung aus der Beamtenpflicht des Gehorsams ist überflüssig. Zachariä II. § 175 Not. 6.

19) Nov. 113 c. 1 § 1; K.G.O. von 1555, II, 35 § 2 und die Hinweisungen bei Pfeiffer a. a. O. S. 303 Nr. 5.

Justiz anordnet, oder einen positiven Eingriff in deren Handhabung enthält [20]). Die Art und Weise aber, in welcher die Unverbindlichkeit des Eingriffs in die Justiz und die Widerrechtlichkeit etwaiger Folgeleistung des Gerichts zur Geltung gebracht wird, kann sehr verschieden sein. Dazu dienen Strafanzeigen und Disciplinarbeschwerden (§ 32 V) gegen die pflichtwidrigen Richter, Beschwerden wegen Justizverweigerung oder Verzögerung [21]), sowie die aus dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit gewährten Rechtsmittel [22]).

§ 24.

2. Prozeßgesetzgebung, Errichtung und Beaufsichtigung der Gerichte.

Was der Staatsgewalt, nachdem die Gerichte durch Ausschließung der Kabinetsjustiz in der Ausübung der Rechtspflege

---

20) Das folgt schon aus dem unter III Gesagten. S. auch Bayer § 9 B.; Pfeiffer a. a. O. und prakt. Ausf. III, S. 245; Zachariä II § 170 Not. 13; Stahl a. a. O. II S. 504; Heffter § 66. — Wenn dennoch von Andern Versuche gemacht werden, die unbedingte Nichtigkeit jedes Kabinetsbefehls zu verneinen, so geschieht dies, wie Martin, Vorl. I S. 66 sehr richtig andeutet, „weil bei der strengen Subordination, in welcher die einzelnen Beamten (in dem Staatsschematismus) stehen, dies nicht wohl anwendbar erscheint." Von diesem Standpunkte aus müßte man konsequent dahin gelangen, daß der Richter dem von der höheren Autorität erlassenen Befehl dennoch, wenigstens vorläufig, zu folgen habe. Martin a. a. O. scheint dazu sich zu neigen. Osterloh S. 7 unbestimmt. Wetzell § 34 Not. 17 will mit Gönner I § 33. 34 und Linde § 103 (selbst gegen Stahl) zwar die Nichtigkeit positiver Eingriffe bewilligen, dagegen den Richter zum Gehorsam gegen Sistirungsbefehle verpflichten, weil letztere auf einem Mißbrauch der staatsrechtlichen Befugnisse beruhen und daher nur staatsrechtlicher Remedur unterliegen. Eine Unterscheidung, die durchaus alles inneren Grundes entbehrt. Richtig ist, daß die Berufung auf Nov. 113 und ähnliche Stellen nicht durchschlägt, da sich die Verhältnisse total umgestaltet haben. Allein sehr durchschlagend erscheint das von Pfeiffer a. a. O. S. 301 vortrefflich karakterisirte Grundprinzip, daß in dem Rechtsstaat jede Kabinetsjustiz unbedingt verworfen werden muß.

21) S. § 33; nämlich, wenn ein die Justiz hemmender Kabinetsbefehl vorliegt. Renaud Not. 9.

22) Beschwerde, Klage und namentlich auch Einrede. Letztere braucht nicht immer gerade dem Namen nach als exc. nullitatis aufzutreten. Gegen die durch Machtspruch verfügte Uebertragung in ein anderes Gericht, z. B. exc. fori incompetentis. Vgl. Bayer a. a. O.

unabhängig gestellt sind, an eigentlichen Justizhoheitsrechten verbleibt, ist Folgendes.

I. Von der Staatsgewalt gehen, wie die Normen des materiellen Civilrechts, so auch die positiven Normen des Prozeßrechtes aus, nach welchen das Gericht unbedingt, oder, soweit dessen Prüfungsrecht reicht (s. § 4 II. A), nach vorangegangener Kognition über die Rechtmäßigkeit zu verfahren hat [1]). Gewisse Grundsätze des Verfahrens sind häufig sogar in den Verfassungsurkunden garantirt. Die eigentlichen Prozeßgesetze, zumal die umfassenden Prozeßordnungen, bedürfen regelmäßig der Mitwirkung der Kammern. Indessen geschieht die Ausführung und Gestaltung des Verfahrens im Einzelnen häufig auch in Verordnungen und Regulativen, welche der Landesherr, das Ministerium oder die sonst vorgesetzte Behörde erläßt.

II. Die Staatsgewalt hat sodann für das Vorhandensein der nöthigen Gerichtseinrichtungen zu sorgen. Die Einrichtung dem Rechtsbedürfniß entsprechender Gerichte war reichsgesetzlich [2]) und theilweise auch bundesgesetzlich (§ 43) den Landesherren zur Pflicht gemacht. Jedenfalls ist sie allgemeine staatsrechtliche Pflicht [3]).

Auch die Organisation des Gerichtswesens bedarf nach den meisten Verfassungsurkunden, und mit Recht, da sie keineswegs nur als eine Maßregel der Ausführung oder der Administration erscheint, der Mitwirkung der Volksvertretung [4]).

---

1) Zachariä, d. St.R. § 172 I.

2) Martin, Vorl. I S. 59. — K.G.O. 1555 II 1 § 1; R.D.A. 1600 § 15; J.R.A. § 108 ffl.

3) Die Verf. des norddeutsch. Bundes erwähnt, so wünschenswerth das gewesen wäre, nicht ausdrücklich, daß auch gemeinsame Justizorganisation zur Kompetenz der Reichsgewalt und des Reichstags gehört. Indessen läßt sich wohl annehmen, daß das mit gemeinsamer Rechtsgesetzgebung, wenn die Gemeinsamkeit nicht illusorisch sein soll, kommen wird. —

Seiner Pflicht genügt der Staat in der Regel durch Errichtung eigener Gerichte. Mitunter lassen Kleinstaaten ihre Justiz ganz oder theilweise vermöge Konvention von einem andern Staate besorgen. So zweckmäßig oder selbst nothwendig das erscheint, so ergeben sich doch die Folgerungen aus der Thatsache, daß der Staat dieser Aufgabe (s. § 20) selber nicht zu genügen vermag, von selbst.

4) Zachariä II § 172, 2. Theoretisch ist oft das Gegentheil behauptet worden, s. Heffter § 55, 1; Zeitschr. f. C.R. u. Pr. VII Nr. 2.

Oft sind auch bezüglich der Gerichtseinrichtung gewisse Prinzipien geradezu in der Verfassung des Staates garantirt. Am wichtigsten ist der für das heutige Gerichtswesen durchgreifende Grundsatz der Ständigkeit [5]). Ohne diesen Grundsatz würde die Unabhängigkeit der Gerichte und ihrer Rechtspflege von der Einwirkung der Staatsgewalt nicht aufrecht zu erhalten sein [6]).

Es gibt demnach nur noch ein für allemal bestellte, sog. ordentliche Gerichte, welche vermöge gesetzlicher Anordnung bestehen. Neben ihnen können Ausnahms- oder Spezialgerichte durch blosen Verordnungsakt des Landesherrn oder der Staatsverwaltungsbehörden nicht eingesetzt, noch weniger für die Entscheidung einer einzelnen Rechtssache durch besondere Beauftragung oder Zusammensetzung eine eigene Justizstelle gebildet werden [7]). Ebensowenig sind innerhalb des gesetzlich geordneten Gerichtswesens willkührliche Avokationen oder Uebertragungen einzelner Sachen an die eine oder die andere Gerichtsstelle nach willkührlicher Verfügung der Staatsbehörden zulässig. Vielmehr entscheidet lediglich der gesetzliche Instanzenzug und die gesetzliche Kompetenz [8]). Insoweit erscheint also selbst hinsichtlich der Verleihung der Jurisdiktion die Staatsgewalt beschränkt [9]).

III. Dem Staatsoberhaupt bzw. der Staatsregierung kommt,

---

5) Zachariä § 170, 2; Bluntschli, allg. St.R. II S. 209; Pfeiffer, die Selbstst. des Richteramtes S. 309—310.

6) Wenn einmal die Staatsgewalt die Gerichte schafft, so ist Unabhängigkeit nur möglich, wenn die vorübergehende und außergewöhnliche Uebertragung der Jurisdiktion ausgeschlossen wird. Aber es erhellt, daß die Ständigkeit ein anderes Aussehen gewinnen muß, wenn die Ernennung der Richter (Geschworenen, Schöffen) aus der Wahl des Volkes hervorgeht.

7) S. § 48, I; Zachariä § 172, 9. Nur durch Gesetz, oder nach gesetzlichen Voraussetzungen können Militär-, Standgerichte u. dgl., oder besondere Behörden für gewisse Rechtsangelegenheiten, z. B. in Separations-, Expropriationssachen u. s. w., bestehen. Sie sind alsdann gesetzlich, d. h. in die Justizorganisation rezipirt. Ebenso die § 41 zu erwähnenden Sondergerichte für manche Klassen von Sachen. — Ueber Auftragsertheilungen in anderem Sinn, die keinen Bruch des Prinzips der Ständigkeit darstellen, s. § 49—51.

8) Davon § 44, II.; zur Vergleichung über die älteren Zustände, die das keineswegs in solcher Weise kannten, s. Scacc. de jud. I. c. 66.

9) Folgerungen daraus s. § 48 I.

in der Regel allein, mitunter unter Konkurrenz anderer Faktoren[10]), die Besetzung der Gerichtsstellen mit den geeigneten Personen, also die erste Anstellung, die Beförderung zu höheren Stellen und Gehalten, die Versetzung, Pensionirung, Quiescirung oder Absetzung der Justizbeamten entweder unbeschränkt, oder nach bestimmten gesetzlichen Regeln zu[11]).

Die Staatsregierung sorgt für die Ordnung des Geschäftsganges, Beseitigung von Hindernissen und Mißbräuchen durch allgemeine Erlasse, Reglements, Instruktionen u. s. w.; Alles unbeschadet der vollen Unabhängigkeit der Rechtspflege in der einzelnen Sache[12]). Sie hat ferner die äußeren Einrichtungen, Lokale u. dgl. zu gewähren (§ 54).

IV. Dieselbe führt endlich die Oberaufsicht darüber, daß die Justiz gehörig dem Gesetz und der Geschäftsordnung gemäß gehandhabt werde[13]).

A. Zur Ausübung der Disziplin über sämmtliche zu den Gerichten gehörige Beamte ist in höchster Instanz das Justizministerium berufen[14]). Unter demselben sind theils Verwaltungs-, theils Justizbehörden mit dieser Funktion über die unteren Gerichte betraut[15]). Neuerdings wird dazu nicht selten die Staatsanwalt-

---

10) Wie namentlich bei Besetzung des höchsten Gerichtshofes; Zachariä § 116 Not. 9 (z. B. vordem Celle, Kassel).

11) Von der Absetzung oder Versetzung insbes. der Richter s. § 32, I.

12) Martin, Vorl. I. S. 64.

13) Pfeiffer, prakt. Ausf. III S. 253; Martin § 9 Not. 1. Osterloh § 9; Renaud § 20. Die Disziplin in diesem Sinn ist stets eine Nothwendigkeit und ebensowohl im röm., wie im kanon. und deutschen Recht üblich gewesen; Wetzell § 38 Not. 18; allein die Handhabung kann außerordentlich verschieden sein. Der Richter, welcher Beamter des Staates oder Landesherrn ist, steht natürlich unter einer andern Disziplin, als der Geschwornenrichter.

14) Wetzell § 34 a. Schl.

15) Wetzell § 38 Not. 17 ffl. — Die Ob.-App.-Gerichte haben als reine Justizbehörden meist gar keine Disziplinargewalt über die unter ihnen stehenden Gerichte. Dagegen ist in der Regel den Mittelgerichten die Disziplin über die Untergerichte überwiesen. Neuerdings bedient man sich dazu auch wohl der Staatsanwaltschaft. — Mitunter, wie in Kurhessen, unterscheidet man wohl (mit Wetzell a. a. O.) die besondere Disziplin wegen solcher Vorkommnisse, welche in einer einzelnen Justizsache zur Rüge kommen, und erachtet zu deren Ausübung durchweg die Gerichte im In-

schaft (§ 39) benutzt. Dadurch sind die früher zu diesem Behufe häufig existirenden eigenen Beamten, die Fiskale, in der Regel überflüssig geworden.

B. Die Ausübung findet von Amtswegen, auf angeordnete Visitation [16]), Anzeige und Verfolgung des Fiskals, Staatsanwalts, sonstige Wahrnehmung der vorgesetzten Behörde u. dgl. oder auch auf Beschwerde eines Dritten statt. Letztere ist eine sog. einfache Beschwerde [17]), welche an die nächstvorgesetzte Gerichts- oder Disziplinarbehörde zieht. Diese erläßt nach vorgenommener Prüfung die geeigneten Straf- oder sonstigen Befehle [18]).

Für eigentliche Disziplinaruntersuchungen und deren Aburtheilung bestehen häufig besondere Vorschriften, sowie öfter eigene Disziplinargerichtshöfe [19]).

C. Als disziplinarische Strafmittel dienen Verweise in allerlei Gestalt, Geldstrafen, Kostenersatz, Gefängniß, Suspension, Dienstentlassung, Strafversetzungen u. dgl., vorbehaltlich ordentlicher strafrechtlicher Verfolgung, wenn ein in diesem Wege zu ahndendes gemeines oder Amtsvergehen vorliegt.

D. Der Regierung kann nicht gerade verwehrt sein, mit Bezugnahme auf ergangene Entscheidungen oder Maßnahmen der Gerichte in Justizsachen abweichende Rechtsansichten, Belehrungen zu ertheilen, bzw. anderweite Erwägungen anzuempfehlen. Indessen kommt es, wenn nicht auf solche Weise die Selbstständigkeit der Rechtspflege leicht sehr gefährdet werden soll, ebenso sehr der Regierung zu, nur aus nöthigenden Gründen und mit größter Vorsicht zu Werke zu gehen, wie andererseits den Gerichten, jeden

---

stanzenzug befugt, von der allgemeinen Beaufsichtigung der gesammten Dienstführung, welche als lediglich administrativen Karakters andern Stellen zugetheilt sein kann.

16) Ueber die Visit. des R.K.G. s. Renaud § 20, 2.

17) Wetzell a. a. O. S. 415; Osterloh § 9 Not. 2.

18) Eine Art solcher Verfügungen sind die promotoriales, wovon in § 33. Martin I S. 63.

19) Zachariä, d. St.R. § 138 a. Schl. S. auch § 32, bes. V. Daß unter dem Titel des Disziplinarverfahrens höchst bedenkliche Angriffe auf die Unabhängigkeit auch der Richterstellung gemacht werden können, hat die Erfahrung zur Genüge gelehrt.

unter solcher Form versteckten Angriff auf ihre Unabhängigkeit [20]) abzuwehren.

III. Die Organisation der Gerichte.

§ 25.

A. Begriff derselben.

Die Organisation der Gerichte nennt man ebensowohl den Akt der Errichtung derjenigen Stellen, durch welche die Rechtspflege ausgeübt wird, als auch die in Folge dessen bestehende Einrichtung.

So, wie die Gerichtseinrichtungen jetzt bestehen (s. bes. § 24 II), braucht man gern den auf feste, allgemeingültige und der Willkühr des Justizhoheitsinhabers entzogene Einrichtung hindeutenden Ausdruck: Organisation der Gerichte [1]).

Man unterscheidet aber passend [2]) innere und äußere Organisation der Gerichte. Jene ist die Einrichtung oder Zusammensetzung des Gerichtes als solchen, d. h. jedes einzelnen Gerichts. Diese dagegen ist die Ordnung des Verhältnisses, in welches die einzelnen Gerichte, um dem Rechtsbedürfniß zu genügen, zu einander gestellt werden, also der Zusammenhang oder die organische Gliederung des gesammten Gerichtswesens.

---

20) Durch Nichtbeachtung der Belehrung, oder durch ausdrückliche Kundgebung. — S. übrigens auch § 39.

1) während man in der feudal-patrimonialen Zeit von einem festen Organismus des Gerichtswesens gar nicht reden kann. Diesen treibt erst der Rechtsstaat hervor, zunächst gestützt auf das spezifische Beamtenthum.

2) mit Wetzell § 36. 37. Im Wesentlichen läuft auf dasselbe die Unterscheidung von Osterloh § 49. 57 hinaus. Die älteren Theoretiker machen diese Unterscheidung nicht.

B. Innere Organisation.

§ 26.

1. Bestandtheile und Rechtskarakter des Gerichts.

Martin § 40. 42; Linde § 79. 83; Heffter § 62; Schmid § 23. 24; Bayer § 59; Osterloh § 50; Wetzell § 36; Renaud § 11.

Jedes Gericht, ständiges, wie auch, soweit ein solches noch denkbar wäre, unständiges, setzt nach heutigen Begriffen eine Mehrheit von Personen voraus.

Durchaus wesentlich ist

I. die Besetzung des Gerichts mit einem oder mit mehreren Richtern. Die Art und Weise der Besetzung aber kann sehr verschieden sein. Wir haben hier vom praktischen Standpunkte aus darunter regelmäßig Staatsbeamtenrichter zu verstehen [1]).

Daneben fordert das praktische Recht

II. Besetzung mit einer oder mehreren Personen, Gerichtsschreibern, behufs der Beurkundung der gerichtlichen Handlungen und Vorgänge, woran sich dann meist noch die Sorge für die Ausfertigung der gerichtlichen Verfügungen, Aufbewahrung der Akten u. s. w. anschließt.

Außerdem hat

III. das Gericht in der Regel eine oder mehrere Personen für die Vollziehung der gerichtlichen Befehle, Gerichtsdiener und anderes Unterpersonal.

IV. Nach neueren Gesetzgebungen ist endlich mitunter auch die Staatsanwaltschaft in das Civilverfahren eingeführt worden, wenn gleich nicht als integrirender Bestandtheil des Gerichts.

Von diesen Personen muß im Folgenden einzeln gehandelt werden.

V. Insofern sich das Gericht aus einer Mehrheit verschiedenartiger Personen zusammensetzt, erscheint es als ein Kollektivbegriff [2]). Damit ist jedoch nicht gesagt, daß dasselbe privatrechtlich als juristische Person erscheine [3]).

---

1) S. § 20, und über nicht beamtenmäßige Richter § 35 I.

2) Osterloh § 50 Not. 1 sagt als eine jurist. Person des öffentl. Rechts; s. auch das. § 3 Not. 1.

3) S. dagegen Renaud Not. 2. Inwiefern mehrere Richter zu

Bei der Verschiedenheit der Pflichten des Richters, Gerichtsschreibers und Gerichtsdieners läßt sich eine gemeinsame Verpflichtung derselben aus dem Gesichtspunkte einer Gesammtperson nicht denken [4]).

2. Die einzelnen Personen.

a) Der Richter.

§ 27.

aa) Allgemeine Erfordernisse des Richteramtes.

Martin § 42; Linde § 79; Heffter § 70; Schmid § 24; Bayer § 52; Osterloh § 52; Wetzell § 36; Renaud § 13.

Die Erfordernisse des Richteramtes gestalten sich nothwendig großentheils anders für ständige, als für unständige, anders für Volks-, als für Beamtenrichter [1]). Nach gemeinem Recht, welches in der Regel für den Civilprozeß Beamtenrichter voraussetzt, werden angeführt

I. als natürliche Erfordernisse:

A. volle Wahrnehmungs- und Urtheilsfähigkeit. Mithin schließen von der Richterstellung solche Zustände aus, welche jene

---

einer jurist. Persönlichkeit vereinigt sein können, s. § 38. Bei mehreren Gerichtsschreibern oder Gerichtsdienern kommt das nicht vor.

4) Vgl. Martin § 40 Not. c.; Vorles. I. S. 274 II.

1) Eben deshalb ist es sinnlos, Bestimmungen des R.R. über die Fähigkeit, judex privatus zu werden (worüber zu vgl. Puchta, Kurs. II. § 154; Rudorff, röm. Rechtsgesch. II. S. 41; Bethmann-Hollweg II. § 71), oder eine Magistratur zu bekleiden, die doch immer weit von dem modernen Beamtenthum verschieden war, ohne Weiteres als praktisches Recht zu wiederholen. — Nicht minder sollten die Gesichtspunkte der kan. Lehre (s. bes. Durant. I, 1 de deleg. § 7; de recus. § 2) über die Erfordernisse, welche sich wesentlich auf unständige, zu den einzelnen Sachen delegirte Richter beziehen, unzutreffend erscheinen. Die ganze Lehre „von der Fähigkeit des Richters", wie sie jetzt vorhanden, ist erst neueren Ursprungs; und in älteren Werken gar nicht zu finden; s. z. B. selbst noch Claproth § 45; Danz § 24.

Fähigkeit aufheben oder stören[2]). So Impubertät[3]), Geisteskrankheit[4]), Taubstummheit u. dgl.[5]).

B. hinlängliche Altersreife, worunter man nach R.R. ein Alter von 18[6]), nach Kan. R. ein solches von 20[7]), nach älteren deutschen Quellen von 21 Jahren[8]) versteht. Indessen finden sich in der Regel neuere partikularrechtliche Bestimmungen, oft sogar in den Verfassungsurkunden, welche das zum Richteramt überhaupt, sowie namentlich zum Richteramt der höheren oder höchsten Instanz erforderliche Alter genauer normiren.

C. männliches Geschlecht. Frauenzimmer werden zum Richteramte nicht zugelassen[9]).

II. Rechtliche Voraussetzungen sind sodann:

A. der Vollgenuß der bürgerlichen Ehre[10]). Die Ausschließung der Sklaven oder Leibeigenen[11]) bedarf kaum noch der

---

2) Das ist so natürlich, daß man sich kaum noch bes. auf röm. Stellen oder alt-deutsche Quellenzeugnisse zu beziehen braucht. Osterloh a. a. O. Not. 5 ffl.

3) L. 12 § 2 de jud. 5, 1.

4) L. 8 § 1 de tut. 26, 5; L. 39. 46 de jud. 5, 1.

5) Wetzell a. a. O. Not. 11. — Ob der Blinde oder der Stumme gar nicht Richter sein kann, läßt sich natürlich nicht entscheiden, ohne zu berücksichtigen, ob das Verfahren mündlich oder schriftlich ist. Bayer a. a. O. R. 4. Man kann also die röm. auf mündl. Verfahren berechneten Stellen nicht ohne Weiteres für den schriftl. Prozeß wiederholen. Vgl. L. 12 § 2; L. 39. pr.; L. 46 de judic. 5, 1; Schwäb. Landr. 71 § 2; Renaud Not. 8.

6) Das R.R. erfordert 18 Jahre für das Amt des judex, nicht für die Magistrate; L. 57 de re jud. 42, 1; Wetzell a. a. O. Not. 7.

7) C. 41 X. de off. et pot. jud. del. 1, 29.

8) Schwäb. Landr. a. a. O. — Vgl. überh. Martin a. a. O. Osterloh Not. 1. 2; Wetzell Not. 7.

9) So begreiflich das R.R.; sowohl für judicium, wie für Magistratur; L. 12 § 2 de jud. 5, 1; L. 2 pr. de R. J. 50, 17. Wenn das Kan. R. erwähnt, daß in Frankreich auch Frauen die Jurisdiktion übten c. 4 X. de arbitr. 1, 43, s. auch über die Aebtissinnen München S. 68 a. E., so hat das nur die Bedeutung, daß sie Inhaberinnen der patrimonialen Gerichtsbarkeit waren. In Deutschland stand fest, daß weibliche Gerichtsherrn die Ausübung durch Stellvertreter zu besorgen hatten. Wetzell Not. 6. Daß die Emanzipation der Frauen noch nicht bis zur Eröffnung des heutigen Richterthums reicht, ist bekannt.

10) Das hat von jeher jedes Recht erfordert; s. Wetzell Not. 8.

11) Osterloh Not. 4.

Erwähnung. Der Begriff der Ehrloſigkeit oder Infamie, welche unfähig macht, erweiſt ſich theoretiſch auch hier als höchſt unbeſtimmt. Indeſſen, jedenfalls iſt es Pflicht des Staates, die volle Würdigkeit der Richterperſonen aufrecht zu erhalten.

B. meiſt auch chriſtliche Konfeſſion. Die Ausſchließung aller Ketzer, Juden und Heiden vom Richteramt, welche das Kan. Recht von ſeinem Standpunkte aus fordern mußte[12]), iſt von Friedrich II. ausdrücklich beſtätigt worden[13]). Heut zu Tage macht die Verſchiedenheit des chriſtlichen Glaubensbekenntniſſes keinenfalls mehr einen rechtlichen Unterſchied[14]). Dagegen iſt die Zulaſſung der Juden zu dem Richteramt häufig noch eine offene Frage[15]).

C. Rechtskenntniß kann man jetzt ſogar als ein natürliches Erforderniß anſehen. Im älteren R.R.[16]), wie im älteren deutſchen Recht keineswegs nothwendig, erſchien ſie bereits unter den ſpäteren römiſchen Kaiſern bei der zunehmenden Künſtlichkeit des Rechtes, welches ſolchergeſtalt Eigenthum und Aufgabe eines techniſch gebildeten Juriſtenſtandes wurde, unumgänglich[17]). Auch das Kan. R., obgleich es nicht unbedingt, namentlich nicht von allen

---

12) Oſterloh Not. 11 a. E. findet dieſe Ausſchließung ſchon im juſtinianeiſchen Richtereide, was jedoch zweifelhaft erſcheint.

13) Anth. Credentes ad L. 4 Cod. de haeret. 1, 5. — Cf. Jason in tit. dig. de just. et jur. nr. 5. (fol. 13). — S. auch Schwäb. Landr. 71 § 2.

14) Bundesakt. Not. 16. Ueber die R.-Geſ., nach denen ſich bereits der Begriff hindernder Ketzerei modifizirte, ſ. Wetzell Not. 9; Oſterloh Not. 11.

15) Deren Beantwortung von der ſtaatsrechtl. Stellung derſ. im Allg. abhängt. Daß man ſie nicht mit der petitio principii, weil Juden den chriſtl. Richtereid nicht leiſten können, abthun kann, ſollte kaum der Bemerkung werth ſein. Ebenſowenig kann zugegeben werden, daß jüdiſche Richter keinen chriſtl. Eid abnehmen dürfen, wenn chriſtl. Richter täglich jüdiſche Eide abnehmen. Die gerichtliche Eidesabnahme ſollte überhaupt nicht als religiöſer Akt in dieſem Sinne gelten; ſ. § 203.

16) Weder für den judex, noch auch für den magistratus wurde Rechtsſtudium verlangt, ſo lange das Recht lebendig, Jedermann zugänglich war. Vgl. Bethmann-Hollweg III S. 121. Ueber die Folgen etwaiger imperitia ſ. Rudorff, R.G. II S. 290 Not. 12; über die Zuziehung von Rechtsverſtändigen unten § 35.

17) S. beſ. Nov. 82 pr.

Delegatenrichtern besondere Rechtskenntniß erheischte, setzte doch deren Vorhandensein thatsächlich als Regel voraus[18]). Sie wurde in Deutschland seit Aufnahme der fremden Rechte zunächst für die Reichsgerichte[19]), allmählig aber auch für die Landesgerichte insoweit Gebot, als der alte volksthümliche Rechtszustand unterging und durch die Uebung eines künstlichen Rechts ersetzt wurde[20]).

Der Erwerb hinlänglicher Kenntniß soll nach den gegenwärtigen Verhältnissen durch die mancherlei Vorschriften über das Studium der Rechte und die anzustellenden Prüfungen garantirt werden[21]).

III. Zu diesem Allem muß aber noch, da Niemand von selbst Richter wird, die legale Bestellung hinzukommen. Diese ist, während früher vielfach ein anderer Modus herrschte[22]), jetzt namentlich von Seiten des Staates, ständige Anstellung. Die Richter sind Staatsdiener[23]). Daraus folgt:

A. Das Amt wird durch die Ernennung und deren Annahme, und zwar unwiderruflich, nach den Grundsätzen des Staats-

---

18) Als ausdrückliches Erforderniß wird juris peritia weder bei Durantis, noch bei Andern erwähnt.

19) R.K.G.O. von 1555 I, 3 § 1; R.Dep.A. von 1600 § 15; J. R.A. von 1654 § 108; Osterloh Not. 3.

20) Es begreift sich vollkommen, daß man neuerdings wieder versucht, von einzelnen noch vorhandenen Resten aus, ein Richterthum neu zu beleben, welches nicht auf technischer Rechtskenntniß beruht. S. § 35 I.

21) Die zahlreichen Studien- und Examenordnungen der Staaten finden sich zusammengestellt bei Ortloff, Methodologie 1863.

22) Gerade hier treten die bereits früher angedeuteten Verschiedenheiten zu Tage. Im röm. Recht ist vollständig der Lauf von der Wahl der Magistrate durch das Volk oder wenigstens einzelne Klassen desselben, des Judex durch Wahl der Parteien (Puchta, Kurs. II § 154; Bethmann-Hollweg II § 101), zu der schon mehr bureaukratischen datio judicis durch den Magistrat (s. das. Not. mm.; Rudorff, R. G. II S. 45), bis endlich zur ständigen oder unständigen Ernennung durch die kaiserliche Regierung durchgemacht worden. — Aehnlich gelangte man in Deutschland von der Volksrichterversammlung und später von der Wahl der Richter zu der Bestellung durch den Jurisdiktionsherrn und jetzt durch die Staatsgewalt.

23) Die daraus sich ergebende Stellung ist hier nur insoweit zu berühren, als sie die Ausübung der Rechtspflege betrifft. Von der Unabsetzbarkeit s. § 32. Im Uebrigen ist die Darstellung der Rechtsverhältnisse zwischen Richter und Staat anderen Disziplinen zu überlassen.

dienſtvertrags verliehen[24]). Proviſoriſche, widerrufliche Uebertragung des Richteramtes würde dem Grundſatz der Unabhängigkeit widerſprechen[25]). Sie muß in den geſetzlich etwa vorgeſchriebenen Formen erfolgen. Das Erforderniß der Ernennung erſcheint ſogar ſo ſehr als das überwiegende Moment, daß darnach die unter I. und III. hervorgehobenen Erforderniſſe größtentheils eben nur als Momente erſcheinen, die bei der Ernennung von dem Anſtellenden zu beobachten ſind[26]).

B. An die Ernennung muß ſich allenfalls noch die mehr oder minder feierliche Einführung in das Amt (Inſtallation) und

C. jedenfalls die Beeidigung anſchließen[27]). Der Richtereid wird von dem ſtändigen, ordentlichen Richter füglich nur einmal bei Antritt des Amtes dahin abgeleiſtet, nach Recht und Gerechtigkeit unparteiiſch die Rechtspflege ausüben zu wollen[28]), während bei unſtändigen Richtern regelmäßig Vereidigung für den einzelnen Fall erfordert werden würde[29]).

§ 28.

bb. Beſondere Erforderniſſe der Ausübung.

Martin § 43 z. A.; Linde § 79; Heffter § 84; Schmid § 25; Bayer § 80; Oſterloh § 53; Wetzell § 36, Ib; Renaud § 13.

Beſondere oder relative Erforderniſſe beziehen ſich auf die Ausübung des Richteramtes in einzelnen Sachen. Ein Richter kann zwar im Allgemeinen, namentlich vermöge legaler Anſtellung (§ 27 III.), fähig ſein, die richterlichen Funktionen auszuüben. Allein es können desungeachtet Gründe vorliegen, welche ihn hin=

---

24) Vgl. dazu Zachariä, d. St.R. II § 136.

25) Der Richterkarakter kann nur definitiv verliehen werden, womit aber nicht immer geſagt iſt, daß nicht jederzeit die Ausübung durch Verſetzung, Disponibelſtellung u. dgl. alterirt werden kann, ſ. § 32, I.

26) Ueber die Folgen davon ſ. § 29 ffl.

27) Eine Dispenſation davon kann gar nicht ſtattfinden. Zachariä a. a. O. N. V.

28) L. 14 Cod. pr. de jud. 3, 1. Nov. 8. 15 o. 1. R.K.G.O. v. 1555 I, 57. — Carpzov. pr. j. II, 4 § 2. Martin, Vorl. I S. 287; Wetzell Not. 16.

29) Zumal, wenn es Volkrichter (Geſchworne) ſind.

dern, in einer bestimmten Sache das Richteramt zu verwalten[1]). Es ist sittliche und Rechtspflicht (§ 27, 28) des Richters, unparteiisch zu verfahren. Er darf daher nicht urtheilen, wo er in solchem Verhältniß zu einer Partei, oder einer Sache steht, daß er entweder wirklich nicht unparteiisch ist, oder auch nur mit Fug nicht für unparteiisch gelten kann[2]). Die in dieser Hinsicht einwirkenden Momente theilt die Theorie in[3]):

I. Inhabilitätsgründe[4]), welche den Richter geradezu unfähig machen, die Richterfunktion auszuüben. Dahin gehört:

A. Interesse an der Sache selbst. Der Richter soll nicht in eigener Sache, oder in einer Sache, an der er unmittelbar betheiligt, urtheilen[5]); ein Begriff (sua causa, propria causa), den man vielfach[6]), aber vergeblich und nur mit dem Erfolg, immer neue Zweifel zu erregen, hat feststellen wollen[7]). So viel steht fest, daß die Beziehung des Richters eine privatrechtliche sein[8])

---

1) Man bemerkt leicht: dieser Unterschied von relativer und absoluter Fähigkeit tritt jetzt deutlich hervor, wo wir ständiges Richterthum voraussetzen. Wenn dagegen, sei es durch Wahl der Parteien, sei es durch Delegation des Jurisdiktionsinhabers, Bestellung eines Richters für eine einzelne Sache stattfindet, so stehen für diese eine Sache relative und absolute Unfähigkeit in gleicher Linie. Daraus erklärt sich zur Genüge die Auffassung der älteren Juristen, bes. der kanonistischen.

2) Zwischen Sein und Scheinen schwankt die Auffassung; und daher mancherlei Modifikationen dieser Lehre, jenachdem die Kautel selbst, allen Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden, weiter oder enger genommen wird.

3) Auch diese Eintheilung ist wieder eine wesentlich nach der Wirkung, nicht nach dem Grund.

4) Vgl. auch Bad. P.O. § 67; auch D. E. § 32. 33: Behinderungsgründe, aus denen Nichtigkeit folgt; auch Hann. P.O. § 21; Oldenb. P.O. Art. 34.

5) L. 10 de jurisd. 2, 1; L. 17 de jud. 5, 1; L. un Cod. ne quis in sua causa 3, 5; L. 1 § 11 quando app. tit. 49, 4.

6) Seit den kanon. Untersuchungen: quibus ex causis contra judicem (insbes. delegatum) opponi liceat, s. Durant. P. I, 1 de judice deleg. §§ penult. et ult.

7) Die röm. Stellen, s. Wetzell a. a. O., sind nur Beispiele ohne endgültige Definition der propria causa. Vgl. die Analogie in § 189, 28 ffl.

8) Daher kann der Richter Beleidigungen während der Verhandlung, trotzdem sie ihm selber widerfahren, kraft der Disziplin ahnden. Er hat ferner de sua jurisdictione, Schmid § 25 Not. 14, auch über die Interessen

und gerade die Thätigkeit des Urtheilens affiziren muß[9]). Im Uebrigen läßt sich, abgesehen von den Fällen, wo der Richter geradezu selbst von Haus aus Partei ist, oder durch Rechtsnachfolge Partei wird[10]), bei entfernterem Interesse, wie bei möglicher Regreßpflicht u. dgl.[11]) nur konkret beurtheilen, ob dasselbe stark genug ist, die Unparteilichkeit zu beeinträchtigen[12]).

B. Besonderes Interesse an der einen oder andern Partei. Als Hauptgründe[13]), welche ein solches anregen, lassen sich anführen:

1) Verwandtschaft. Der Richter soll nicht in Sachen seiner Aszendenten, oder Deszendenten, Stief- oder Schwiegereltern, Stiefkinder, seiner Ehefrau und anderer nahen Verwandten urtheilen. Wieweit die Grenze reicht, ist auch hier gemeinrechtlich keineswegs bestimmt[14]).

2) Dem analog soll sich der Richter des Urtheils in Sachen seiner Mündel, sowie in Sachen seiner Klienten, soweit er ihnen als Anwalt gedient hat[15]), oder in Sachen seiner Hausgenossen[16]) enthalten.

---

des Patrimonialgerichtsherrn als Patrimonialrichter u. dgl., Martin, Vorl. I. S. 292 IV, zu erkennen.

9) Administrative Handlungen, selbst reine Prozeßleitung, ohne daß damit eine Kognition geübt wurde, auszuschließen oder wegen Betheiligung des Richters für ungültig zu erachten, liegt gewiß kein Grund vor.

10) L. 17 cit. 5, 1. Schmid a. a. O. Nr. 1; Bayer § 80.

11) Martin, Vorl. I. S. 291.

12) Auch das ist füglich keine durchgreifende Regel, daß, wer in erster Instanz Richter gewesen, durchaus nicht in zweiter urtheilen dürfe. Martin § 43 Not. a. — Das Meiste bleibt der eigenen Diskretion des Richters anheimgestellt.

13) Es sind das natürlich nur Rubriken, die der theoretischen Uebersicht dienen; nicht gesetzliche Definitionen. Vgl. auch R.K.G.O. von 1555 I, 13 § 13.

14) Schmid Not. 3; Osterloh Not. 2; Wetzell Not. 12. L. 5 pr. de injur. 47, 10. — S. auch c. 36 X. de appell. 2, 28 u. Gloss. ad h. 1. Gloss. ad c. 4 X. ut. lit. non cont. 2, 6. — Uebrigens sind die röm. Stellen zu sichten, jenachdem sie von dem magistratus oder judex handeln. Die Untersuchung, inwieweit nach röm. Begriffen der paterfam. in Sachen des filiusfam. und umgekehrt judex sein konnte, darf als höchst unpraktisch übergangen werden. Wetzell a. a. O.

15) L. 14 Cod. de assess. 1, 51; L. 6 pr. Cod. de poss. 2, 6. Vis. A. v. 1713 § 23.

16) Dies ist auch an dieser Stelle wieder ein sehr unsicherer Begriff.

3) Bestechung von Seiten einer Partei macht den Richter zweifellos unfähig [17]).

4) Endlich wird besondere Freundschaft oder Feindschaft [18]), vollends ein weiter, erst zu konkreter Untersuchung auffordernder Begriff, als Unfähigkeitsgrund angeführt.

II. Verdächtigkeitsgründe gegenüber [19]), welche den Richter zwar nicht unfähig, aber doch rekusabel, d. h. auf Antrag verwerflich machen. Im R.R. ist dieser Unterschied nicht vorhanden [20]). Erst seit den Kanonisten fühlte sich die Lehre gedrängt, die eigentliche Unfähigkeit und die blose Verwerflichkeit zu sondern [21]). Allein der Unterschied erweist sich, zumal eine besondere Form der Geltendmachung davon nicht abhängt (§ 30), vielfach sehr unsicher. Während die frühere Lehre als spezifischen Rekusationsgrund die suspicio im Gegensatz der vollen juridischen Gewißheit festhielt [22]), hat die spätere Ansicht [23]) unter Verwerflichkeitsgründen diejenigen

---

Vgl. Martin, Vorl. I. S. 291 Not. 16; über die Literatur der „Streitfrage", ob in diesem Falle Unfähigkeit, oder Verdächtigkeit s. Renaud Not. 10.

17) L. 7 Cod. quandô prov. non est nec. 7, 64. Ueber die Strafen nach röm. R. u. R.-Ges. s. Wetzell Not. 15. Durch die neueren Strafgesetzbücher wird der Rückgriff darauf meist erspart. In der Regel ist jetzt auch schon das blose Geschenkannehmen verboten. S. auch L. 1 Cod. de contr. jud. 1, 53. — Ob aber die Unfähigkeit bis zur absoluten Nullität reicht, oder nur anfechtbar macht, s. § 29, 6.

18) Nach L. 17 de jurisd. 2, 1; c. 25 X. de off. deleg. 1, 29; c. 15 § 2 C. 3 qu. 5; Gloss. ad c. 2 X. ut lit. non cont. 2, 6.

19) S. auch Bad. P.-O. § 70—72.

20) Ursprünglich war der judex beliebig rekusabel, ohne Angabe der Gründe; und einer Rekusation der Magistrate, sofern diese nicht kognoszirten, bedurfte es nicht. Erst in der Kaiserzeit bildete sich die Verwerfung der vom Kaiser bestellten Richter (bes. der delegati) näher aus, jedoch ohne Inhabilität u. Rekusabilität technisch zu scheiden, weil die Untersuchung, ob die Unparteilichkeit gestört erscheine, durchweg eine konkrete Thatfrage blieb. Vgl. dazu Wetzell Not. 18.

21) Weil man eben abstrakte Rubriken sucht und die Verweisung auf konkrete Prüfung für Unsicherheit erachtet.

22) So Tancred. II, 6 § 6. Durant. I, 1 de recus. § 2. Auch die suspicio war ein durchaus technischer Begriff der Beweislehre; s. § 186.

23) So zählt z. B. Marant. Spec. aur. P. VI. de appell. nr. 24 schon 40 Gründe auf. Vgl. auch Ummius, disp. ad proc. p. 34; Heffter S. 91 Not. 176.

Momente verstanden, welche nur dann, wenn sie ausdrücklich von den Parteien gerügt werden, die Ausschließung der Kognition des betreffenden Richters geboten erscheinen lassen[24]). Dahin gehört auch schon dringender Verdacht der Parteilichkeit. Allein ebenso auch das Vorhandensein der sonst zur Inhabilität führenden Momente, wenn sie in geringerem Grade vorhanden sind; also entferntere Verwandtschaft und Schwägerschaft zu der Partei, oder gar zu dem Anwalte der Partei, ähnliche Sache, sonstiges Interesse, geringere Freundschaft oder Feindschaft u. dgl., oder andere analoge Umstände[25]). Die heutige Lehre hat sich von der Unmöglichkeit spezieller Aufzählung immer mehr überzeugt[26]), überläßt also die Würdigung der Frage, ob der Richter verdächtig erscheine, der konkreten Darlegung[27]). Dabei sind stets objektive Verdachtsgründe vorauszusetzen und die Ansicht, als ob auch schon der subjektive Verdacht, den eine Partei hegt, wenn ein gutgläubiger, geeignet sei, die Remotion des Richters zu rechtfertigen[28]), erscheint irrig.

cc. Folgen mangelnder Fähigkeit.

§ 29.

a. Im Allgemeinen.

S. die Citate der vorigen §§ und Renaud § 14.

Die Folgen der nach den §§ 27. 28 sich ergebenden Mängel können sehr verschieden sein. Manche davon machen nicht blos

---

24) also alle Rekusations- oder Perhorrescenzgründe.

25) Ein ziemlich reiches Material findet sich bei Strippelmann, Samml. der Entsch. ꝛc. IV, 2 S. 337 ffl.

26) Schmid S. 47. Martin, Vorl. I. S. 360. 362; Osterloh § 54; Bayer a. a. O.; Wetzell a. a. O. führen eine solche Aufzählung gar nicht mehr an.

27) Wobei, wenn man auch davon auszugehen hat, daß das unparteiische Ansehen möglichst intakt erhalten werden muß, ganz vage Einwendungen abgewehrt werden können und sollen. Vgl. Wetzell Not. 25—31a.

28) Vgl. darüber Emminghaus, Arch. f. pr. R.W. VI. S. 193. Das war nicht einmal die Meinung der Kanonisten nach ihrer Definition der suspicio; sondern es ist eine Erfindung der späteren Zeit, die wesentlich mit der Ausbildung des Perhorrescenzeides zusammenhängt. Mit der Abschaffung des letztern (§ 30, 28) fällt dann die unglückliche Unterscheidung von Rekusation (wegen objektiver Gründe) und Perhorrescenz (wegen subjektiven Verdachts) von selbst zusammen. Vgl. dazu Wetzell § 36 nach Not. 18 u. bes. Not. 20.

unfähig zur Ausübung des Richteramtes, sondern führen auch, wie z. B. Bestechung, Unredlichkeit oder sonstige Pflichtverletzung, strafrechtliche Nachtheile im Wege disziplinarischer oder ordentlicher Strafprozedur herbei. In andern kann civilrechtliche Haftbarkeit des Richters eintreten (§ 34).

Was aber die prozessualischen Wirkungen der Unfähigkeit oder Verwerflichkeit der Parteien gegenüber anlangt, so können diese entweder darin bestehen, daß wegen des vorhandenen Mangels geradezu Nichtigkeit der desungeachtet vorgenommenen Richterhandlungen unterstellt, oder darin, daß den Parteien ein Recht der Rüge ertheilt wird, bei deren Unterlassung der Mangel ohne weiteren Effekt bleibt.

Ob das Eine, oder das Andere, darin zeigt die Theorie und die Praxis schon nach der oben berührten Unsicherheit der Unterscheidung von Inhabilität und Verwerfung großes Schwanken.

Zugleich gewinnt die Sache dadurch ein anderes Ansehen, daß, wo früher nach der strengeren Verhandlungsmaxime Rüge der Parteien erwartet wurde, nach den heutigen Zuständen des Beamtenrichterthums die Aufrechthaltung der vollen Fähigkeit großentheils von der Pflichtmäßigkeit des Richters selbst oder von der Aufsicht der vorgesetzten Dienstbehörden erwartet wird. Daraus ergiebt sich zunächst:

I. daß ein Mangel der in § 27 unter N. I. und II. dargestellten Voraussetzungen in der Regel durch die förmliche Anstellung gedeckt wird, insofern angenommen werden muß, daß die Staatsregierung, bzw. der Jurisdiktionsinhaber, diese Voraussetzungen zu prüfen und davon nöthigenfalls zu dispensiren Macht hat[1]). Allein man kann doch jeden Mangel durch die Anstellung für gedeckt ansehen. Manche Erfordernisse, wie das der Beeidigung (§ 27, 27), oder das eines gewissen Alters (§ 27, I. B.)[2]) erscheinen so wesentlich, daß die Parteien aus deren Nichtvorhanden-

1) Heffter § 54 z. A.; Martin § 42 Not. 6; Renaud Not. 1.

2) Schon das R.R. — L. 3 de off. praes. 1, 14 — weist auf Dispens vom sonst erforderlichen Alter hin. Das Kan. R. findet den Mangel des Alters durch die electio principis entschieden geheilt; c. 41 X. de off. et pot. jud. del. 1, 29; Gloss. in h. l. — S. auch Schwäb. L.R. c. 71 § 2 R. D. A. v. 1600 § 15. — Anders steht es aber nach neueren Verfassungsgesetzen.

sein trotz der Anstellung müssen eine Nichtigkeit herleiten können. Wie weit aber diese Befugniß reicht, darüber fehlt es an jeder positiven Bestimmung.

In allen übrigen Fällen steht dem Publikum nur das Recht zu, durch Beschwerde oder Antrag bei der vorgesetzten Dienstbehörde die Remotion des unfähigen Richters nachzusuchen[3]); und den Parteien bleibt nicht einmal eine Rüge in Gestalt einer prozessualischen Einrede[4]). Aus den nämlichen Ursachen hat sich

II. nunmehr eine doppelte Art des Verfahrens zur Geltendmachung eines die Person des Richters betreffenden Mangels ausgebildet. Außer dem Rekusationsverfahren, auf Antrag und Betrieb der Parteien, also der Verhandlungsmaxime entsprechend, besteht neuerdings in immer größerer Ausdehnung ein Verfahren von Amtswegen (§ 31). Da nun sowohl Inhabilitätsgründe, als auch die blosen Verdächtigkeitsgründe Veranlassung eben so gut zu einem Rekusationsantrag der Partei, wie zu einem Einschreiten von Amtswegen darbieten, so fragt sich nur noch, ob und welche von den relativen Mängeln die Bedeutung haben, daß sie, selbst wenn weder von Amtswegen, noch auf Anregung der Parteien zur Geltung gebracht, eine Nichtigkeit des Verfahrens involviren.

Auch in dieser Hinsicht gebricht es an einer scharfen Abgrenzung. Wenn zwar als feststehend gilt, daß wegen bloser Verdächtigkeitsgründe, welche im Laufe des Prozesses von keiner Seite gerügt worden sind, nachträgliche Anfechtung der Prozedur als nichtig nicht stattfindet, so steht doch zugleich fest, daß auch nicht wegen jedes Inhabilitätsgrundes Nichtigkeit angenommen werden kann[5]).

---

3) So z. B. wegen mangelhafter Wahrnehmungs- und Urtheilsfähigkeit des installirten Richters u. s. w.

4) Das ist die Folge des Staatsdienstwesens der Richterbeamten. Die ältere Lehre hat davon zwar einige Anfänge, kennt das aber in solchem Umfange durchaus nicht.

5) Dies hängt mit der Ausbildung der Nichtigkeitsbeschwerde zusammen. S. § 242. Nach R.R. war wegen Inhabilität des Richters das Verfahren eo ipso, ohne Querel, nichtig. Rudorff, Rechtsgesch. II. S. 286. Die der Verhandlungsmaxime mehr sich zuneigende Prozeßlehre dagegen legt schon auf die Zustimmung (sogar die putative) der Parteien mehr Gewicht; cf. L. 3 de off. praes. 1, 14; c. 1 C. 3 qu. 7; Gloss. ad c. 4 X. de sent. 2, 27; und die ausgebildete Verhandlungsmaxime muß die

Im Allgemeinen muß man sich damit begnügen, daß derjenige Mangel, welcher auf einem entschieden verbietenden Gesetz beruht, durch ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Parteien nicht geheilt zu werden vermag. Die Nichtigkeit ist also eine unheilbare (§ 243). Ob aber das betreffende Erforderniß diesen prohibitiven Karakter habe, erscheint nur in den, jetzt sehr seltenen Fällen gewiß, wo eine der in § 27 berührten natürlichen oder besonderen Voraussetzungen der Richterqualität fehlt, in den meisten dagegen sehr fraglich[6]).

Kann dagegen ein solcher Karakter nicht erkannt werden, so fällt der Mangel durchweg unter den Begriff einer heilbaren Nichtigkeit und kann nicht mehr zur Anfechtung benutzt werden, sobald die Parteien in prozessualich verbindlicher Weise die Anerkennung der Fähigkeit, bzw. den Verzicht auf die Rüge der Unfähigkeit kund gegeben haben (§ 30, 20).

III. Verwerflichkeit oder Unfähigkeit mit ihren Folgen kann sowohl bei einem einzelnen, als auch bei mehreren, zu einem Kolleg vereinigten Richtern in Frage kommen. Allein sie trifft nie das Kolleg im Ganzen, als Einheitsperson, sondern nur die einzelnen, wenn auch möglicherweise alle Mitglieder, da nur bei diesen von einem Einfluß jener Momente auf die Freiheit des Urtheils die Rede sein kann[7]).

---

absolute Nichtigkeit fast verschwinden lassen. Seit Abschwächung der letztern nimmt man wieder mehr an, daß die Nichtigkeit auch eine unheilbare sein kann. Neuere Proz.-Ges., z. B. Bad. 68; D. E. § 34 verpflichten namentlich den Richter bei Strafe der Nichtigkeit, die eigene Inhabilität anzuzeigen, wonach denn also auf die Rüge der Partei Nichts ankommt.

6) Selbst das wird zweifelhaft, ob Bestechung eine unheilbare Nichtigkeit begründet; s. Bethmann-Hollweg II. S. 716; Bad. P.-O. § 1166 N. 3. Indessen muß nach L. 7 Cod. quando provoc. 7, 64; c. 41 § 9 C. 3 qu. 6; c. 10 X. de vita et hon. 3. 1 unheilbare Nichtigkeit der sent. venalis angenommen werden. Vgl. Hann. P.-O. § 431 N. 4.

7) Heffter § 87; s. dazu Martin § 59 Not. 1. — Vgl. auch Wetzell Not. 37 a. E. Renaud § 14, 15. Bad. P.-O. § 77. 78; Lüb. P.-O. § 15; Meining. P.-O. § 11.

§ 30.

β. Rekusationsverfahren.

Martin § 59. 298; Linde § 80 ffl.; Heffter § 85 ffl.; Schmid § 26; Bayer § 81; Osterloh § 54; Wetzell § 36 Not. 17 ffl.; Renaud § 14.

Es muß in dem Civilprozeß einen Weg geben, auf dem die Parteien die nach ihrer Ansicht vorhandene Unfähigkeit des Richters vorbeugend zur Geltung bringen und Abhülfe erlangen können[1]). Sie haben das Recht, den mangelhaften Richter zu rekusiren[2]); ein Recht, welches sowohl die Nichtigkeits- und Inhabilitäts-, wie auch die Rekusationsgründe[3]) umfaßt[4]).

I. Im R.R. konnte man ursprünglich, während zu einer Rekusation des Magistrats, insofern dieser nur die Vorbereitung des Judiziums hat, wenig Veranlassung war, den Judex bei der Bestellung ohne Angabe von Gründen verbitten[5]) oder auch noch mit Angabe eidlich zu bestärkender Gründe sibi iniquum ejerare[6]). Jedenfalls vollzog sich die repudiatio mündlich-formlos[7]). Es begreift sich, daß in der späteren Epoche die Verwerfung eines kaiserlichen Richters in ganz anderem Lichte erscheinen und unter viel

---

1) Anstatt sich auf nachträgliche Geltendmachung der Nichtigkeit oder Beschwerdeführung verweisen zu lassen. Renaud Not. 4.

2) Der Ausdruck recusare judicem kommt ursprünglich nur für Zurückweisung des unständigen Richters vor, Wetzell Not. 18, s. auch unten Not. 10, wird aber jetzt auch für die Erklärung gebraucht, sich der Kompetenz des ständigen Richters wegen eines besondern Grundes entziehen zu wollen.

3) Deren Unterscheidung in § 28 insofern also wenig Werth hat.

4) Vorwiegend versteht man freilich unter Rekusationsgründen die letztere Art. So definiren auch neuere Gesetze dieselben, indem im Gegensatz zu den Selbstenthaltungsgründen, aus denen der Richter schon ex officio von der Rechtspflege abstehen soll und die natürlich die handgreiflichen Nichtigkeitsfälle umfassen, Rekusationsgründe die genannt werden, auf welche Verzicht möglich ist; Vgl. Lüb. P.-O. § 15. 16; Hannöv. P.-O. § 21. Preuß. E. § 65; zumal wenn damit bes. nur besorgte Befangenheit gemeint ist. Bad. P.-O. § 70; D. E. § 34.

5) Puchta, Kurs. II. § 154 z. E.

6) Rudorff, Rechtsgesch. II. § 9.

7) S. auch L. 9 pr. de lib. caus. 40, 12. Vgl. überhaupt Bethmann-Hollweg II. § 101.

bestimmtere Formen gestellt werden mußte[8]). Ordentliche Magistrate sollten gar nicht verworfen werden; es wurde ihnen nur der Bischof zum Schutz der Unparteilichkeit beigegeben[9]).

Das Kan. R. dagegen gestattete allmählig gegen die Doktrin der Civilisten, welche bei dem R.R. stehen blieb und nur Delegatenrichter rekusiren ließ, die Verwerfung aller, der ordentlichen, wie der delegirten Richter[10]), wenn auch mit ungleichem Erfolg hinsichtlich des Ersatzes. Das Verfahren regelte sich nun streng nach der Verhandlungsmaxime. Die Partei mußte den Grund durch exceptio wider die Bestellung des Richters[11]), oder als Antrag der recusatio[12]) geltend machen, und zwar als dilatorisches Mittel regelmäßig vor der Litiskontestation[13]). Die deutschen Reichsgesetze haben zum großen Theil noch formlosere Erledigung im Auge[14]); allein nach der gemeinen Theorie wurde die strengere Verhandlungsmaxime, welche den ganzen Prozeß beherrschte, auch hierher erstreckt. Anknüpfend an die kanonistische Lehre erwartete man, ohne Unterschied ob der Richter ein ordentlicher, oder delegirter sei, Ablehnung von Seiten der Parteien unter Darlegung triftiger und erweislicher Ursachen[15]), welche dann, wie bemerkt, nicht blos die Verdächtigkeits-, sondern auch Inhabilitätsgründe umfassen, sofern letztere eben in dieser Form zur Geltung gebracht werden.

II. Für dieses eigentliche Rekusationsverfahren gelten nach dem praktischen Recht im Ganzen folgende Regeln:

---

8) L. 12 § 1. L. 16. 18 Cod. de jud. 3, 1. Nov. 53 c. 3. Nov. 96 c. 2 § 1.

9) Nov. 86 c. 2. — Heffter § 85 a. E.

10) c. 61 X. de appell.; 2, 28; c. 20 X. de sent. 2, 27; c. 11 X. de prob. 2, 19; Gloss ad c. 41 § 1 X. de app. 2, 28. Wetzell Not. 18. Damas. summ. tit. 28. sqq.; Marant. IV. jud. dist. 5 N. 40 sqq.

11) So namentlich gegen Delegaten auch, aus Inhabilitätsgründen; s. Durant. I, 1 de jud. deleg. § 7. 8.

12) So wegen suspicio, s. § 28 II. Durant. I, 1 de recus. § 4; cf. auch Lanfranc. de Or. pract. rubr. recusationes.

13) Daher denn gegen judices a partibus electi gar keine Rekusation erhoben werden kann. Damas. p. 75 v. 5. — Wetzell Not. 19.

14) R.K.G.O. v. 1555 I, 22 § 9; Vis. A. von 1713 § 67.

15) S. die Not. 14 citirten Reichsgesetze. — Von einem andern Modus der Remotion wissen die Lehrbücher bis auf Wetzell Nichts. Erst Letzterer erwähnt das Offizialverfahren; wovon im folgenden §.

A. Die Partei hat, abgesehen von der ihr etwa verbleibenden Nichtigkeitsbeschwerde, mit der sie die Unfähigkeit hintennach geltend macht, nachdem der Richter bereits seine Funktionen ausgeübt hat, zu dem Zweck, um diese Ausübung von vorn herein zu hindern, entweder in Form einer Einrede[16]), oder in Form eines selbstständigen Antrags um Ausschließung des einen oder der mehreren Richter[17]) nachzusuchen. Die Bitte, daß sich der betreffende Richter der Rechtspflege enthalten, bzw. für denselben Ersatz geboten werden möge, kann sich dabei entweder lediglich auf die einzelne Sache, oder allgemeiner, wenn auch anläßlich einer einzelnen Sache, auf eine Mehrzahl, ja vielleicht auf alle Rechtsangelegenheiten der Partei beziehen[18]).

1. Der Antrag kann schon vor dem Prozesse oder mit der Klage gestellt werden[19]). Innerhalb des Prozesses muß die Einrede, bzw. das Rekusationsgesuch vor der Litiskontestation, oder, wenn der Grund erst später entdeckt wurde, vor der nächsten präjudizirlichen Prozeßhandlung, aus welcher sonst ein Verzicht gefolgert werden würde, geltend gemacht werden[20]).

2. Der Antrag kann entweder an den verdächtigen Richter selbst[21]), oder bei demjenigen Gericht angebracht werden, welches

---

16) So, wenn der Verklagte die exc. judicis inhabilis s. suspecti vorschützt.

17) Martin, Vorl. I. S. 361; vgl. oben § 29, 7.

18) So, wenn z. B. der Einzelrichter mit der Partei, die bei ihm ihr forum ordinarium hat, verwandt ist. Wetzell Not. 44. 45. In einem solchen Fall hat das Rekusationsgesuch kaum noch einen prozessualischen, sondern mehr einen dienstlichen Karakter. Martin, Vorl. I. S. 364 N. 3.

19) Martin § 298. Dazu hat natürlich nur der Kläger Veranlassung; eine zwingende insofern, als sonst seine Klaganstellung Verzicht auf Geltendmachung des Perhorreszenzgrundes enthielte. L. 16 Cod. de jud.

20) Man bezieht sich auf Stellen des Kan. R. Wetzell Not. 19. Ein Verzicht auf die kundigen Mängel liegt auch in der Prorogation; s. oben Not. 13. Indessen paßt die Regel natürlich nicht auf die Inhabilitätsgründe, welche absolute Nichtigkeit bewirken. S. § 29, 2 ffl. — Uebereinstimmend: Lüb. P.-O. § 17; Hannöv. P.-O. § 23; D. E. § 36; Preuß. E. § 66. 68; etwas anders Bad. P.-O. § 81.

21) So nach R.R. L. 16. 18 Cod. de jud. 3, 1. Vgl. auch D. E. § 37. 38.

über die Remotion zu erkennen hat[22]). Praktisch wenigstens ist das einerlei[23]). Der Unterrichter instruirt das Gesuch und reicht es dem Oberrichter ein, oder der Oberrichter läßt dasselbe je nach Bedürfniß durch den Unterrichter instruiren.

3. Der Rekusationsantrag hat aufschiebende Wirkung. Der Prozeß muß ruhen, bis über die Fähigkeit entschieden ist[24]).

B. Hinsichtlich des weiteren Verfahrens[25]) ist zu bemerken:

1. Der Grund der Rekusation muß speziell thatsächlich dargelegt[26]) und soll sofort bescheinigt werden[27]). Dazu sind jederlei Bescheinigungsmittel tauglich. Allein bei dem Mangel anderer Mittel gewährt das gemeine Recht die Möglichkeit, durch einen eigenen Eid der Partei, den sog. Perhorrescenzeid, Bescheinigung zu liefern[28]). Neuere Prozeßgesetze haben jedoch oft diesen Eid

---

22) Also bei dem Kolleg, wenn es sich um Verwerfung einzelner Mitglieder handelt, sonst bei dem nächst höhern Gericht. Renaud Not. 18.

23) Martin § 298; Heffter § 85; Osterloh § 54 Not. 13; Wetzell nach Art. 38; Renaud § 14, 13. 14.

24) Das liegt in der Natur der Sache. Oldenb. P.=O. Art. 266; Meiningen'sches Ges. Art. 12. Man kann aber nicht sagen, daß alle dem zuwider von dem rekusirten Richter seit Anbringung oder Bekanntwerden des Rekusationsgesuchs vorgenommenen Handlungen richtig seien. Renaud Not. 19. Das sind sie nur, wenn das Rekusationsgesuch demnächst begründet befunden wird. Wetzell Not. 40. Mithin kann sich der Richter, welcher gewiß zu sein glaubt, daß dies nicht der Fall sein werde, leicht und ohne Schaden angeregt fühlen, trotz des Gesuches weiter zu verfahren. — Vgl. auch unten Not. 42.

25) welches der Bair. E. § 558 ffl. als summarisches bezeichnet.

26) Früher war es unsicher, oder kontrovers, ob dies nöthig sei und ob nicht die allgemeine Behauptung (und eidliche Bekräftigung, s. Not. 28) der suspicio genüge. Cf. Gaill. I, obs. 28; Mev. VI. dec. 71. S. Renaud Not. 6. — Jetzt kann diese, einstmals weitschichtig genug behandelte Kontroverse zu den Todten gelegt werden. — S. auch Hann. P.=O. § 24; Oldenb. P.=O. § 35. 38; Lüb. P.=O. § 18; Bad. P.=O. § 82; D. E. § 37.

27) R.K.G.O. v. 1555 I, 22 § 9. Vis.=A. v. 1713 § 67. — Steuben, rechtl. Bed. IV. 11 wollte gar keinen Beweis, Bülow=Hagemann, Erört. II. Nr. 19 nur jur. perhorr.

28) Ueber dieses unsichere und klägliche Institut s. Wetzell Not. 20 und Strippelmann, der Gerichtseid. Die Ausbildung desselben ist verwachsen mit der falschen Meinung, daß die eidliche Versicherung des subjektiven Verdachtes schon genügender Grund zur Remotion sei. S. Not. 26. Ursprünglich nur (negativer, die Chikane verneinender) Kalumnieneid,

gänzlich abgeschafft[29]) oder wenigstens beschränkt[30]). Außerdem ist es häufig üblich, selbst solche förmliche Rekusationsgesuche von Amtswegen instruiren zu lassen[31]).

2. Das Gesuch ist nach der Verhandlungsmaxime dem Prozeßgegner zur Erklärung mitzutheilen. Allein es wird davon nicht selten, wenigstens bei selbstständigen Gesuchen, im Gegensatz zu Einreden[32]), Abstand genommen, sofern nicht wegen der Bitte um Inhibition des Prozesses nothwendig wird, den Gegner zu hören[33]). Nach moderner Einrichtung wird oft der Staatsanwalt erst vernommen[34]).

C. Die Entscheidung erfolgt[35]) bezüglich einzelner Mitglieder durch das Kolleg, wenn der Rest noch stimmfähig ist, sonst und insbesondere bei Verwerfung von Einzelrichtern durch die vorgesetzte Gerichtsbehörde[36]). Wird die Rekusation für begründet und dargethan erachtet, so muß sich der rekusirte Richter des Amtes

---

(Wetzell § 29 Not. 20) ist er zu einem positiven die causa remotionis wahrscheinlich machenden Bescheinigungseid (s. § 129) geworden. S. Renaud Not. 8 über die Literatur.

29) Bad. P.-O. § 82; D. E. § 37. 446; Bair. E. Art. 560; Preuß. E. § 67; Meining. Ges. Art. 13.

30) So soll er nur noch zur Ergänzung dienen nach der Hann. P.-O. § 24; Lüb. P.-O. § 18.

31) S. auch Bair. E. Art. 566. — Dafür spricht, daß die Frage nach der Fähigkeit des Richters immer einen amtlichen Karakter hat.

32) Zufolge des in Not. 18 angedeuteten Gesichtspunktes. Man hat mitunter geradezu angenommen, als ob bei der Rekusation nur der rekusirte Richter der Gegner der rekusirenden Partei sei und folgeweise Eidesdelation an die Richter gestattet (welche z. B. der Preuß. E. § 67 erst ausdrücklich abschafft).

33) Vgl. Martin, Vorl. I. S. 366; Wetzell Not. 39.

34) D. E. § 40.

35) Nicht mehr durch besondere arbitri, wie nach Kan. R.; c. 39 X. de off. et pot. jud. del. 1, 14; c. 4 in VI. eod. tit. 1, 14; sofern nicht der Grund offenbar frivol war; Gloss. ad c. 61 X. de appell.

36) Wetzell Not. § 36. 37. — An sich sind, da die Verfügung als eine Sentenz erscheint, den Parteien dagegen alle Rechtsmittel gestattet. Neuere Gesetze schneiden jedoch gern die gemeinrechtlich gestatteten Rechtsmittel gegen diese Entscheidung, wenigstens gegen willfährige, ab. Hann. P.-O. § 25; Lüb. P.-O. § 20; Bad. P.-O. § 83. 84; Preuß. E. § 70; Renaud § 14, 21; im Falle der (einseitigen) Zurückweisung des Gesuchs auf einfache Beschwerde; s. das. Not. 23.

insoweit enthalten. Ist es ein Kollegsmitglied, so entscheidet mithin das Kolleg ohne seine Mitwirkung. Ist es ein Einzelrichter oder bleibt das Kolleg nach Ausscheiden eines oder mehrerer rekusirter Beisitzer nicht mehr vollzählig, so muß von Seiten des Oberrichters[37]) für Ersatz durch Ertheilung einer Kommission auf ein anderes Gericht oder an eine andere Person gesorgt werden[39]). Ob in solchem Fall die vor Anbringung des Rekusationsantrags von dem mit Recht rekusirten Richter vorgenommenen Handlungen nichtig erscheinen, läßt sich erst nach der Beschaffenheit des Rekusationsgrundes bestimmen[40]).

Nach neueren Gesetzen ist das Rekusationsverfahren wegen des mehrberührten dienstlichen Karakters bei Gericht oft kostenfrei, sofern es Erfolg hat. Der Staat muß für vollkommen fähige Richter einem Jeden sorgen. Das schließt freilich nicht aus, den Antragsteller die durch unbegründete oder unnöthige Gesuche verursachten Kosten tragen zu lassen[41]).

Wird die Rekusation unbegründet gefunden, so muß die Sache so verhandelt werden, als wäre das Gesuch nie gestellt gewesen[42]).

§ 31.

γ. Verfahren von Amtswegen.

Neben dem im vorigen § dargestellten Rekusationsverfahren wird übereinstimmend mit der Abschwächung der Verhandlungsmaxime und dem Zustand des heutigen, ständigen Gerichtswesens, demzufolge die Sorge für die Fähigkeit und Unverdächtigkeit des Richters als Offizialsache erscheint, häufig ein Verfahren von Amts-

---

37) qua vorgesetzte Dienstbehörde. Eine Devolution an den Oberrichter in dem Sinne, daß nun eigentlich dieser in der Sache selbst zu entscheiden hätte, Wetzell S. 376 a. E., ist unbegründet.

39) S. davon § 50; Renaud Not. 20; Wetzell Not. 42. Bad. P.-O. § 85. 86.

40) S. dazu Osterloh § 58 a. E. und Wetzell Not. 40.

41) Renaud Not. 21. 22.

42) Der Gegengrund, daß das ordentliche Gericht, weil es durch die versuchte Rekusation verletzt werde, nicht urtheilen könne — s. Z. f. C.R. IX. S. 11 — würde dahin führen, daß jede, auch die unbegründetste Rekusation Erfolg hätte.

wegen eingeschlagen. Da dasselbe den Vorzug der Vereinfachung hat, ist es in der partikularen Praxis mitunter sogar der gewöhnliche Weg [1]).

I. Darnach gilt der Richter für kraft seines Amtes und Eides verpflichtet, nicht blos seine allgemeine Unfähigkeit, z. B. wegen Körpergebrechen, sondern auch besondere Inhabilitäts-, selbst blose Verdächtigkeitsgründe von Amtswegen aufzugreifen [2]).

II. Der Richter, gegen welchen ein derartiger Grund vorliegt, zeigt dies, gleichviel ob auf die, nicht ausgeschlossene, Anregung einer Partei hin, oder ob aus eigenem Antriebe bei der vorgesetzten Behörde, oder bei dem Kolleg, welchem er angehört, an [3]) und enthält sich der ferneren Ausübung seines Amtes. Andere Gesetze verpflichten ihn, die Parteien auf seine Ablehnung aufmerksam zu machen [4]). Aber der suspekte Richter kann auch von Amtswegen durch das Kolleg oder die vorgesetzte Behörde ausgeschlossen werden. Die Bescheinigung wird schon durch die pflichtmäßige Aeußerung des Richters selbst erspart. Nach Bedürfniß kann noch weitere Instruktion oder Erörterung, Aufforderung zum Bericht u. s. w. eintreten [5]).

III. Das Kolleg oder die vorgesetzte Behörde erwägt darnach, ob Grund vorhanden ist, daß der betreffende Richter sich des Amtes enthalte, oder nicht, und trifft im ersteren Fall, soweit solches nöthig, die erforderlichen Maßregeln für den Ersatz.

---

1). Einigen historischen Anhalt kann man, wenn es dessen bedarf, im R.R. (L. 17 de jurisd. 2, 1 vom Magistrat handelnd) und in den R.Ges. (R.H.O. von 1654, I. § 18 finden. Dagegen widerspricht es der kanon. Verhandlungsmaxime. Vgl. Martin, Vorl. I. S. 563.

2) Heffter § 87 Not. 185. — Mitunter sucht man die Selbstenthaltungsgründe zu definiren. Preuß. E. § 64. Die Verantwortlichkeit des Richters, wegen Beachtung solcher Umstände, kann eine mehr oder minder strenge sein. Vgl. Bad. P.-O. § 68. 69. 73 Al. 2; O. E. § 33. Manche Gesetze geben dem Richter auch nur eine Befugniß, andere verpflichten ihn geradezu.

3) Hannov. P.-O. § 22; Preuß. E. § 71—79.

4) Bad. P.-O. § 73; Renaud § 14, 5.

5) Bad. P.-O. § 75. — Wie auch bei förmlichen Rekusationsgesuchen vorkommt; s. § 30, 31.

§ 32.

dd. Das Amt und die Verantwortlichkeit des Richters.

Martin § 63; Linde § 181; Heffter § 90; Schmid § 24; Bayer § 85; Osterloh § 84 ffl.; Wetzell § 36 Not. 14 ffl.; Renaud § 12.

I. Da der Richter bei Ausschluß der Kabinetsjustiz (§ 23) in der Weise unabhängig sein soll, daß er, obwohl Beamter und als solcher der Disziplin (§ 24) unterworfen, doch in seiner richterlichen Thätigkeit ohne Rücksicht auf Befehle der Regierungsgewalt, lediglich nach Recht und Gesetz zu verfahren hat, ist ihm, wie das moderne Staatsrecht anerkennt, Unabsetzbarkeit zugesichert [1]).

Ebendeshalb kann kein Richter provisorisch, auf Widerruf angestellt werden; das Richteramt läßt sich nur definitiv übertragen [2]). Kein Richter kann wider seinen Willen von dem Richteramte ganz entlassen oder suspendirt, mitunter auch nicht einmal auf eine andere Stelle versetzt werden, es sei denn zur Strafe vermöge Urtheils des zuständigen gewöhnlichen oder Disziplinargerichtshofes (§ 24, 19). Dagegen muß er sich bei eintretender Unfähigkeit Pensionirung, oder, da er kein Recht auf Fortführung des Amtes hat, Quiescirung (Disponibelstellung) nach Maßgabe des Staatsdienstgesetzes gefallen lassen [3]). Solche darf er andererseits unter den geeigneten Voraussetzungen auch fordern [4]).

II. Indem das Richteramt durch die Ernennung zum Richter verliehen wird (§ 27, III), ist es unmöglich, daß der Richter in Ausübung seines Amtes durch einen Nichtrichter vertreten werden kann. Indessen lassen manche Organisationsgesetze doch aushülfsweise, namentlich bei Einzelgerichten, eine solche Vertretung durch den Aktuar, oder durch gewisse Vorbereitungsdiener, welchen mithin

1) Osterloh § 8; von Wetzell nur sehr beiläufig erwähnt § 34 bei Not. 7.

2) S. § 27, 25. Darin liegt wesentlich mit die Ständigkeit und Stetigkeit der Rechtspflege.

3) S. über dieses Alles Bluntschli, allg. St.R. II. S. 145 ffl.; Zachariä, d. St.R. § 143—145; Pfeiffer, die Unabhängigkeit des Richteramts S. 319. Ueber die Entwicklung in Frankreich s. Schäffner, IV. Mitunter auch keine Versetzung gegen Willen S. 201.

4) Zachariä das. § 143.

für derartige, übrigens genau einzuhaltende, Fälle, eine Art von eventuellem richterlichen Karakter beigelegt wird, zu[5]).

Das Amt ist nicht nur insofern ständig, als bis zu ihrer legalen Beendigung die Richterqualität fortdauert, sondern auch insofern, als es innerhalb der Organisation des Gerichtswesens an eine bestimmte Gerichtsstelle gewiesen und auf diese beschränkt ist. Indessen macht von dem Grundsatz, daß jedes Gericht nur mit ständigen Richtern in diesem Sinne besetzt sein soll, wodurch die in § 40 zu berührende Ständigkeit erst zu vollem Abschluß gelangt, die moderne Staatspraxis häufig doch die Ausnahme, daß sogenannte Hülfsrichter zugezogen werden können, denen zwar nicht erst die Richterqualität, welche bereits vorausgesetzt wird, wohl aber die Ausübung gerade an dieser Gerichtsstelle, in diesem oder jenem Umfang, durch Zuziehung im Wege der Administrativverfügung verliehen wird[6]).

III. Die Summe von Rechten und Pflichten, welche das Richteramt in sich schließt, ergibt sich theils nach den allgemein vom Staatsdienst geltenden Regeln, theils nach der Aufgabe und Einrichtung des Gerichtswesens.

Der Richter hat daher Anspruch auf die mit seiner Stelle verbundenen Emolumente, auf den etatsmäßigen oder besonders vereinbarten Gehalt und, soweit solche noch vorkommen, auf die Sporteln und Gebühren[7]), nicht minder auf die Ranges- und Ehrenrechte u. dgl.

Seine Thätigkeit umfaßt die volle Ausübung der Gerichtsgewalt[8]). Außerdem sind ihm oft noch Nebenfunktionen zugewiesen, wie die Handhabung der Disziplin über die untergeordneteren Gerichtsbeamten oder untergeordnete Gerichte, Führung von Generalakten und Verzeichnissen, Aufsicht über das Archiv, Depositen-, Sportelwesen u. dgl.[9]).

---

5) Aehnlich die Zuziehung von Advokaten als Ergänzungsrichter u. dgl.

6) Wie leicht diese Befugniß willkührlicher Zuziehung von Hülfsrichtern mißbraucht werden kann, um thatsächlich Sonderkommissionen dem in § 40 berührten Grundsatz zuwider herzustellen, ist klar und durch die Erfahrung genugsam bestätigt.

7) Osterloh § 83 a. E. Martin § 62 Not. f.

8) In dem in § 53 darzustellenden Sinn.

9) Martin I. S. 381.

IV. Die Pflichten des Richters in Ausübung namentlich der ebengedachten Hauptfunktionen der Gerichtsgewalt ergeben sich aus dem Obigen. Er soll lediglich nach Gesetz und Recht, worunter namentlich auch Gesetz und Recht des Prozesses [10]) zu verstehen ist, verfahren und urtheilen [11]). Volle Kenntniß des einheimischen Rechts, und zwar nicht blos des allgemeinen, sondern auch des provinziellen, wenigstens des positiven, wird vorausgesetzt [12]). Dagegen kann ihm unbedingte Kenntniß auch der fremden Rechte, die er allenfalls anzuwenden hat, keinenfalls zugemuthet werden [13]). Ebensowenig die Kenntniß aller Einzel- und Sonderrechte, Privilegien, Statuten des eigenen Landes, und noch weniger eine umfassende Kenntniß aller ungeschriebenen allgemeinen oder partikularen Gewohnheiten und Gebräuche [14]). Indessen wird er unterstützt durch eine mehr oder minder starke Rechtsvermuthung der Legalität [15]).

Er soll die Justiz promt ausüben, d. h. Gehör (s. § 115 I. B), Prozeßleitung und Entscheidung weder verweigern, noch verschleppen (s. § 33), das Amtsgeheimniß nach Maßgabe der Dienstpflicht bewahren und vor allen Dingen unparteilich, also ohne Bevorzugung eines Theils verfahren [16]). In der letzteren Beziehung soll er selbst den Schein meiden, daher keine Geschenke annehmen, nicht Rath ertheilen u. dgl. [17]).

---

10) also Aktenmäßigkeit, Urtheil nach legalem Beweis u. dgl., je nachdem das Prozeßrecht lautet. Martin § 63 B.

11) Pr. Inst. de off. jud. 4, 17; c. 4 C. 3 qu. 7. Sachsensp. III. 30 § 2; P.G.O. Art. 150, u. a. R.Ges.; Osterloh § 84 Not. 3.

12) S. § 27, 16. Jura noscit curia.

13) Martin § 63 Not. 1.

14) Mithin ist die Grenze dessen, was der Richter vom Recht wissen muß, und was nicht, sehr unsicher. — Natürlich kann man von einem gebildeten Richter oft eher erwarten, daß er auswärtige Rechtssätze kennt, als manche einheimische. — Wie da zu verfahren, wo er das Recht nicht von selbst kennt, s. § 179, I. B.; vgl. auch § 100, I.

15) In der Regel nur bis zum Beweis des Gegentheils. Osterloh § 83 Not. 2. 3. Aber auch so schon ist sie stark genug, um sehr viele Sünden zuzudecken. Auf das R.R. soll man sich dafür nicht berufen. Diese absolute Legalitätsvermuthung ist nur der Ausdruck des modernen Bureaukratismus, der seinen Gerichten und Behörden eine Unfehlbarkeit fingirt, die sie nicht haben.

16) Osterloh § 84.

17) Gaill. I. obs. 181 Nr. 9. Wetzell § 36 Not. 16.

V. Die Erfüllung dieser Vorschriften ist gesichert, einmal dadurch, daß manche Uebertretungen als gemeine oder Amtsvergehen von den Strafgerichten [18]), andere disziplinarisch von der Ober- oder Disziplinarbehörde geahndet werden, sei es von Amtswegen, sei es auf Anzeige oder Beschwerde des Publikums, oder auf Verfolgung des Staatsanwaltes, sei es anläßlich eines einzelnen Falles, oder wegen allgemeiner Pflichtverletzung.

Den Parteien innerhalb des Prozesses steht zu diesem Behufe eine sog. einfache Beschwerde zu (§ 250). Gegen verletzende Urtheile oder Dekrete sind denselben die Rechtsmittel gewährt.

Als eigenthümliche wider die Amtsführung des Richters abzielende Privatrechtsmittel sind an dieser Stelle zu erwähnen 1) die Beschwerde wegen verweigerter oder verzögerter Justiz [19]) und 2) die Syndikatsklage.

§ 33.

a. Beschwerde wegen verweigerter und verzögerter Justiz.

Martin § 309; Linde § 182; Heffter § 486; Schmid § 93; Bayer § 91; Osterloh § 260; Wetzell § 61 Nr. 1; Renaud § 193 I.

Wenn der Richter die Ausübung der Justiz ganz und gar verweigert, oder gegen Gesetz und Dienstordnung verzögert, so ist der leidenden Partei eine eigene Beschwerde, die querela denegatae s. protractae justitiae gegeben.

I. Das ältere R. R. kannte eine solche dienstliche Beschwerde weder gegen den judex, noch gegen den magistratus [1]). Gegen den säumigen Beamtenrichter der späteren Zeit dagegen konnte auf Beschwerde durch Reskript des Obern Ermahnung (durch den Bischof) und Strafe ausgesprochen werden [2]). Aber erst das kanonische Recht [3]) sah die Verweigerung der Justiz als einen Grund an, dem Richter die Sache abzunehmen; um so mehr, als

---

18) So schon nach R.R. s. Rudorff, R.G. II. § 88.

19) Obwohl gern zuzugeben, daß sie nach ihrer modernen Ausbildung ebensogut unten unter den Rechtsmitteln aufgeführt werden könnte.

1) Rudorff, R.Gesch. II. § 88; sondern nur Retorsion und Regreß.

2) L. 13 § 8 Cod. de judic. 3, 1; Nov. 17 c. 3; Nov. 86 c. 1. Wetzell § 38 Not. 10.

3) S. Wetzell § 61 Not. 9 über das R.R.

sie dann vor das geistliche Gericht gezogen werden sollte [4]). In ähnlicher Weise war nach germanischem Recht die Verweigerung Grund, daß der König, oder in der Folge das höhere Gericht mit seiner Gerichtsbarkeit eintrat [5]). So devolvirten die Prozesse namentlich an die Reichsgerichte, ohne daß selbst ein privilegium de non evocando schützte [6]).

Dort kamen sodann, theils um die Avokation wo möglich überflüssig zu machen, theils um den Beweis der Verweigerung oder Verzögerung in einfachster Weise festzustellen, die sog. promotoriales (literae), eine Aufforderung an den säumigen Richter, auf [7]). Zugleich entstand, nicht blos für die Sachen, welche keine Avokation litten, sondern allgemeinhin, in Uebereinstimmung mit der immer entschiedener hervortretenden bureaukratischen Unterordnung der Gerichte, der Gebrauch, bei beharrlicher Verweigerung auf Beschwerde hin direkt einen Strafbefehl, mandatum de administranda justitia, oder eine Ordination mit Strafandrohung zu erlassen. Erst, wenn diese erfolglos, trat Avokation ein [8]).

II. Dieses Verfahren erscheint auch in den Partikularrechten rezipirt. Gegen den Richter, welcher die Justiz verweigert, oder verzögert, wird auf Beschwerde von dem vorgesetzten Gericht mit Strafbefehlen vorgeschritten [9]). Beharrt er dennoch, so gibt sein Verhalten Grund, ihm die Sache abzunehmen. Jedoch nicht so, daß dieselbe an dem Oberrichter devolvirt bliebe. Vielmehr wird in der Regel Kommission auf ein anderes gleichstufiges Gericht ertheilt [10]).

III. Damit hat sich aber eine bedeutende inhaltliche Ausdehnung verbunden. An sich liegt Justizverweigerung oder Verzöge-

---

4) c. 10. 11. X. de for. comp. 2, 2. — Vgl. § 21.

5) S. Wetzell § 38 Not. 10. — Aehnliche Entwicklung in Frankreich; s. Schäffner I S. 358; II S. 227; III S. 555; der mit Recht bemerkt, daß darin die ersten Zeichen einer Instanzenordnung lagen.

6) Wetzell a. a. O.

7) Erst seit dem 16. Jahrh. s. Wetzell a. a. O. Not. 10 a. E.

8) S. im Einzelnen über die Praxis des R.K.G. Mynsinger obs. II 24, III 57, V 82 Nr. 6; Gaill. obs. I 28; III 8 Nr. 7; Mindan. de mand. II. c. 53 Nr. 19 sqq.; Danz, ord. Proz. § 454; Malblanc consp. rei judic. § 235. — Wetzell § 61 Not. 12; Renaud Not. 10. 11.

9) S. über die neuere Entwicklung bes. Münscher, Zeitschr. für Recht und Gesetzgeb. in Kurhessen II Nr. 2.

10) Vgl. § 50. — Bad. P.O. § 44. 1157. 1164.

rung da vor, wo das Gericht entweder ausdrücklich erklärt, daß es nicht verfügen will, oder stillschweigends, gar nicht, oder doch nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen, bezw. der nach pflichtmäßiger Gebühr einzuhaltenden Zeit[11]), verfügt[12]). Insoweit erscheint die Beschwerde wesentlich als Anruf der disziplinarischen Oberaufsicht, um den Richter zu seiner Pflicht anzuhalten. Sie könnte mithin eben so gut an eine obere Justizverwaltungsstelle gehen. Allein, da es sich immer zunächst um Erwirkung der rückständigen einzelnen prozessualischen Verfügung handelt, so hat man von jeher angenommen [13]) und nimmt noch jetzt an, daß sie im prozessualischen Weg an das obere Gericht und nur gegen das höchste Gericht an die Staatsregierung geht [14]). Andererseits kann man auch sagen, daß die gesammte Leitung des Prozesses immer mehr einen dienstlichen und daher gewissermaßen der Disziplinaroberaufsicht unterworfenen Karakter erlangt hat (§ 114. 126).

Tritt nun aber die Beschwerde als eine prozessualische auf, so liegt es nahe genug, wie in mehreren Ländern geschieht, dieselbe auch zuzulassen, wo der Richter zwar kognoszirt, aber aus formellen Gründen abschlägige Verfügung ertheilt hat. So z. B. wegen Inkompetenz, Mangels der Legitimation, oder der äußeren Form der Handlungen, Fristversäumung, Mangels der Appellationssumme u. dgl. Um so mehr, sofern in solchen Fällen die Ergreifung des ordentlichen Rechtsmittels der Appellation etwa ausgeschlossen erscheint.

In solchen Fällen kann anstatt von einem Strafmandat an den Richter, der ja immerhin wirklich verfügt hat[15]), nur von einer zweitinstanzlichen Prüfung derjenigen formellen Gründe, aus denen

---

11) Ueber die reichsges. Fristen s. Martin § 309 Not. e. —

12) Hann. P.O. § 354. Bad. P.O. § 226. 785; Old. P.O. Art. 84; Braunschw. P.O. § 186. — Die fortgesetzte Verzögerung erscheint natürlich der (stillschweigenden) Verweigerung gleich. Renaud Not. 9.

13) D.A. von 1600 § 27; vgl. R.K.G.O. von 1555 II, 1 § 2.

14) Nach der Wien. Schl.-A. Art. 29 war äußersten Falls Abhülfe durch die Bundesversammlung zugesagt.

15) Schon in den Reichsgerichten wurde höchstens ein mandatum cum clausula für thunlich erachtet. S. die Citate der Not. 8. Wetzell § 61 Not. 16.

der Richter auf die materielle Kognition nicht eingegangen ist [16]), die Rede sein. Insbesondere gibt die Form der sog. Kurzer-Hand-Zurückweisung (§ 115 I. C) leicht Veranlassung, eine derartige Verfügung unter den Gesichtspunkt der Justizverweigerung zu stellen.

Man macht also unwillkürlich und höchst bezeichnend [17]) einen Unterschied zwischen der Kognition in der Sache selbst, welche nur mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann, und der Versagung dieser Kognition aus formellen Gründen, welche der querela denegatae justitiae unterliegt. Letztere wird dadurch zu einer Art von prozessualischem Rechtsmittel erhoben [18]).

Sie ist an Wahrung der Fatalien, oder der Appellationssumme nicht gebunden. Im Uebrigen tritt sie dann meist in Form der Extrajudizialappellation auf [19]).

Welche Abweisungen von solcher formaler Beschaffenheit sind, daß sie sich zu dieser Querel eignen, läßt sich nicht definiren [20]). Wird sie begründet gefunden, so ertheilt das obere Gericht Bescheid dahin, daß aus dem betreffenden Grunde nicht abzuweisen, vielmehr in der Sache weiter das Rechtliche zu verfügen sei [21]).

---

16) Münscher a. a. O. Strippelmann, Samml. IV, 2 § 83.

17) Denn bezeichnend ist es, daß man die Abweisung aus formellen Gründen der totalen Justizversagung gleichstellt. So schon Mev. II dec. III Nr. 5. Wetzell Not. 17. — Renaud § 193, 5 streitet gegen die obige Auffassung, die jedoch so ohne Weiteres mit der Bezeichnung „unrichtig" nicht abzuthun ist. Daß auch in der Praxis keine Uebereinstimmung, ist gewiß. Seuffert II 242. V 55. VI 108.

18) Verwirft man die Ausdehnung der quer. deneq. just., so bleibt für diese Fälle nachher die quer. simplex des § 250. — So auch nach neueren Ges., z. B. Bad. P.O. § 1157; Renaud Not. 6. Hann. P.O. § 457; Lüb. P.O. § 132 u. a.

19) Wetzell Not. 18. 19. S. unten § 239, während sie in ihrer ursprüngl. Bedeutung (s. II) lediglich als querela simplex (§ 250) behandelt wird.

20) Vgl. auch die prekäre Unterscheidung bei Wetzell Not. 21.

21) Es erhellt, daß die Gelegenheit zu der Beschwerde in gleichem Maaße hinwegfällt, wie sie aus umgekehrtem Grunde ausgedehnt worden ist; nämlich wenn die formellen Zurückweisungen möglichst durch Vorauflegen, Verbesserungen u. dgl. vermieden werden.

§ 34.

β. Die Syndikatsklage.

Martin § 67; Linde § 181; Heffter § 91; Schmid § 93; Bayer § 90; Osterloh § 85; Wetzell § 36 Not. 14. — Dazu noch Strippelmann, N. Samml. Bd. 3 S. 289 ffl.

Obwohl im Näheren dem materiellen Civilrecht angehörig, ist doch auch in der Lehre des Prozesses der privatrechtlichen Haftbarkeit des Richters zu gedenken.

Das R.R. gewährte, abgesehen von eigentlichen Strafen gegen den judex, welcher dolo oder imprudentia (quasi ex delicto) durch sein Urtheil verletzte, eine Klage [1]), ursprünglich auf Retorsion, später auf eine poena extraordinaria oder auf die litis aestimatio [2]). Auch die mittelalterliche Doktrin [3]) und die Reichsgesetze [4]) erkannten eine solche Klage, die in Deutschland den Namen der Syndikatsklage erhielt, an; obwohl offenbar mit der strengern Ausbildung des Staatsbeamtenrichterthums und der Instanzeneinrichtung der Gesichtspunkt einer privatrechtlichen Verantwortlichkeit großentheils absorbirt werden muß [5]). Aus diesem Grunde gilt als ausgemacht [6]), daß die Klage nur subsidiär nach Erschöpfung oder bei offenbarer Nutzlosigkeit der Rechtsmittel, d. h. also, wenn keine Abhülfe im öffentlichen Wege des Prozeßgangs mehr möglich ist, stattfindet [7]).

---

1) Actio in factum. L. 6. L. 15 § 1. L. 40 § 1 de judic. 5, 1; tit. Dig. 50, 13. — Rudorff, R.Gesch. II § 88.

2) Osterloh a. a. O. Not. 1.

3) Bartol. in L. 2 Cod. de poen. jud. 7, 49 Nr. 2; in L. 4 de damn. inf. Nr. 1; Bald. in c. 1 X. de pace ten. Nr. 6. — S. auch Gaill. obs. I, 28 Nr. 7 und bes. Jos. de Sese consil. de syndicatu. Francof. 1615 (mit bes. Rücksicht auf Aragonien, aber die gesammte ältere Lehre enthaltend).

4) R.A. von 1532 III, 17; R.K.G.O. von 1555 III, 53 § 1. 5. 10; J.R.A. §. 157.

5) Das ist, wie hier nicht ausführlicher darzulegen, das entscheidende Moment für das Schicksal der Syndikatsklage. Der röm. judex privatus stand denn doch den Parteien anders gegenüber, als der heutige Staatsbeamte. Trotzdem werden die röm. Stellen flottweg behandelt, als seien sie heute für unsere Richter berechnet gewesen!

6) Bei Geschwornenrichtern könnte das gar nicht ausgemacht sein.

7) Das ist der eigentlich innere Grund, nicht aber der Umstand, daß nur das „wahre" Interesse Gegenstand der Klage sei. Wetzell a. a. O. Was Bayer a. a. O. dagegen sagt, ist nur Namensstreit.

Zugleich wird die Klage thatsächlich in dem Maaße überflüssig, als bei Pflichtwidrigkeit des Richters schon die öffentliche Disziplinaraufsicht aushilft (§ 32, V).

Unter solchen Umständen hat die Frage, ob nur wegen culpa lata, oder auch wegen culpa levis, wie die Meisten wollen [8]), der Anspruch gegeben sei, kaum mehr als doktrinelle Bedeutung.

Der passive Uebergang gegen die Erben, jedoch nur bis zum Betrage der Erbmasse [9]), wird für unbedenklich gehalten, weil die Klage nicht als eine pönale, sondern lediglich als auf Schadensersatz gerichtet gilt.

Auch gegen ein ganzes Kolleg kann sie erhoben werden, welches dann in sich Regreß an den schuldigen Mitgliedern suchen mag [10]). Die mehreren Schuldigen haften schon nach allgemeinen Regeln solidarisch [11]).

Neuere Gesetze suchen mitunter den schon durch die Vermuthung der Legalität, welche den Kläger zwingt, den dolus oder die culpa besonders streng darzulegen, geschützten Richter auch noch dadurch zu sichern, daß dem Kläger für den Fall des Nichtobsiegs besondere Strafen angedroht werden [12]).

§ 35.

b. Beisitzer und Hülfspersonen des Gerichts.

Martin § 71 Not. d; Osterloh § 50.

I. Ein Gericht kann mit einer Mehrheit von Richtern besetzt

---

8) Wetzell Not. 14; Strippelmann a. a. N. S. 294. S. dagegen Bayer a. a. O.

9) Bayer a. a. O. Nr. 3.

10) Heffter a. a. O. S. 98. — Daß das die dem Wesen der Kollegialität einzig entsprechende Ansicht ist, sollte keines Beweises bedürfen. Indessen ist damit nicht ausgeschlossen, daß, wenn die schuldigen Mitglieder bekannt sind, die Klage gegen diese gestellt wird. Allein dem Verletzten die Ermittlung, oder dem Kolleg den Verrath der Schuldigen (resp. des Referenten) aufzulegen, hat sicher keinen Grund. S. über die Kontroverse Bayer a. O. Nr. 2. Seuffert XIV., 140.

11) L. 2 quod quisque 2, 2. Schmid a. a. O. Not. 11. 12.

12) Bair. E. Art. 710. — Ueber das Verfahren s. das. Art. 709. — Ueber die engl. (act of trespass) Regreßklage gegen Friedesrichter s. Gneist, Selfg. § 75.

sein, welche sämmtlich gleiche Richterqualität besitzen (§ 38). Beisitzer nennt man in der Regel nur die Theilnehmer an den Funktionen des Richteramtes, welche einen von dem eigentlichen Richter verschiedenen Karakter haben.

Solche Beisitzer kannte das R.R., indem sowohl der judex, wie der magistratus als Rechtsunkundige die Pflicht hatten, rechtskundige assessores s. consiliarii zuzuziehen und mit ihnen nach Stimmenmehrheit zu entscheiden[1]).

Daß die altdeutschen Schöffen, welche ursprünglich die eigentlichen Urtheiler waren[2]), später vielfach nur als Beisitzer erscheinen, erklärt sich daraus, daß der Schwerpunkt des Gerichtes immer mehr in den vorsitzenden Richter, der einst nur Rath und Beistand der Volksrichter gewesen war, verlegt wurde (§ 19, 4)[3]). Nachdem die Gerichte meist ausschließlich mit Rechtsgelehrten besetzt wurden, fiel der Grund zu einer Unterscheidung von Beisitzern in diesem Sinne hinweg. Es gab in den Beamtengerichten nur noch wirkliche Richter[4]). Die allenfalls zu untergeordneteren Zwecken der Beurkundung oder „zur Erhöhung der Feierlichkeit des Gerichts" beigezogenen Schöffen[5]) konnten als Richterbeisitzer gar nicht mehr betrachtet werden.

---

1) Puchta, Kurs. Bd. 1 § 123; Rudorff, R.Gesch. II. S. 48; u. bes. Bethmann Hollweg III. § 141. Merkwürdig ist namentlich das Institut der an die Stelle der alten judices tretenden, von Diokletian organisirten judices pedanei; s. das. §. 140.

2) Daß die ächte Schöffenverfassung zu den kanonist. Ideen nicht paßte, s. § 19, II. Frühzeitig verstand man dort unter den assessores studirte Juristen; Hegel, Städteverf. I. S. 206 ffl.; zugezogen um des Richters willen, zur Ergänzung seiner Rechtskunde. Durant. I. 1. de assess.

3) Zur Ergänzung der Rechtskunde, die den Schöffen möglicherweise abging, wurden keine Beisitzer zugezogen. Dazu diente das Rathserholen; s. § 52. — S. über die assessores s. scabini nach sächs. R. Carpzov. pr. j. II., 4 § 3.

4) Die Bezeichnung „Assessor" ist von da ab in den Richterkollegien nur eine Verschiedenheit des Titels jüngerer Mitglieder im Gegensatz der „Räthe". — Ebenso hat es für die Stellung des Richters den Parteien gegenüber keine weitere Bedeutung, wenn man die in § 32, 6 erwähnten Hülfsrichter Beisitzer nennt.

5) Osterloh § 50 Not. 10. 11.

Dagegen bezeichnet man neuerdings als Beisitzer im Gegensatz zu den rechtsgelehrten Richtern diejenigen Personen, welche aus rechtsungelehrten Ständen zur Richterthätigkeit berufen werden, die aber, zum Theil wenigstens, indem sie ein volles Dezisivvotum genießen, ebensogut als gleichberechtigte Richterkollegen gelten müssen. So namentlich die aus dem Kaufmannsstande entnommenen Beisitzer der Handelsgerichte. Aehnliches, wenn auch mannigfach modifizirt, kommt bei andern Standes- oder Berufsgerichten, wie Bergwerks-, Fabrik-, Deichgerichten u. dgl., vor. Oder man nennt Beisitzer im Gegensatz zu den ständig angestellten Richtern die nach der Gerichtsverfassung mitunter für einzelne Fälle heranziehbaren Ergänzungsrichter (namentlich aus dem Advokatenstand).

Daran würden sich, wenn in den Civilproceß eingeführt, die Geschworenen anschließen[6]). Bezeichnenderweise sucht man Beisitzer jetzt gerade aus den rechtsungelehrten Klassen als Gegengewicht gegen das rechtsgelehrte Richterthum. Zugleich freilich, und das ist das Wichtigere, als Ausdruck der selbstthätigen Theilnahme und Verantwortung des Volkes an der Verwaltung der Rechtspflege.

II. Dem Gericht sind häufig noch Auditoren, Accessisten, Auskultanten, Referendare oder auch Assessoren beigegeben, welche sich, ohne wirklich Richter zu sein und Gehalt zu beziehen, in den gerichtlichen Geschäften, insbesondere auch in den richterlichen vorbereiten sollen[7]). Mitunter freilich werden sie beeidigt und mit Stimme versehen, die sie sonst bei ihren gutachtlichen Aeußerungen nicht in Anspruch zu nehmen haben, und erhalten also wirkliche Richterqualität.

---

6) Die auch in ihrem Gebiet votum decisivum haben. Bekanntlich fehlt uns in Deutschland das Schwurgericht für den Civilprozeß noch ganz. Vorbild dazu bietet die englische Jury. S. über deren Einrichtung Rüttimann § 113 (sie tritt nur ein bei Streit über die Thatfrage, ähnlich dem röm. judex priv.) § 399, 400 (kann aber ein Generalverdikt über den gesammten Richterspruch ebensowohl, wie ein Spezialverdikt über die Thatfrage geben) § 323, (Art der Berufung) § 387, (Verhältniß zu dem Staatsrichter) § 389. Ueber die Bedeutung dieses Volksrichterthums s. bes. Gneist, Gesch. des Selfgovernment S. 530—534. Ueber das röm. Volksrichterthum s. Bethmann-Hollweg, I. § 23 ffl.

7) Martin Not. e; Osterloh Not. 9.

§ 36.

c. Die Gerichtsschreiber und anderes Nebenpersonal.

Martin § 65; Linde § 83; Heffter § 71; Schmid § 28; Bayer § 87; Osterloh § 50; Wetzell § 36 Not. 46 ffl.; Renaud § 15.

Zu den wesentlichen Personen des Gerichts zählt der Gerichtsschreiber, die gerichtliche Urkundsperson.

I. Da Mündlichkeit keineswegs das Bedürfniß einer Beurkundung der gerichtlichen Akte ausschließt, so hatten auch die Römer bereits ein Schreiberwesen. Es existirte eine förmliche Gerichtskanzlei[1]), betraut mit den Aufzeichnungen im Interesse des Gerichts[2]). Im altdeutschen Prozeß kommt zwar eine Niederschrift und ein dazu bestimmter Schreiber vor, allein die Beurkundung lag, der vollen Mündlichkeit entsprechend, wesentlich bis in die spätere Zeit hinein in dem Zeugniß der Gerichtsversammlung[3]).

Dagegen forderte die im C.R. sich heranbildende Schriftlichkeit und Heimlichkeit des Verfahrens absolut eine Urkundsperson, welche mit vollem Glauben ausgerüstet war[4]). Dazu diente die persona publica des Notars, tabellio, welche überhaupt nach kanonistischen Begriffen die spezifische Urkundsperson war[5]). Selbst der Richter hatte nicht diese Wahrheitsbefugniß, zu der ausschließlich der legal bestellte Notar privilegirt erschien. Der Notar sollte

---

1) Scrinium; s. L. 2 Cod. de off. rect. prov. 1, 7; der freilich noch eine Menge anderer Funktionen zukam. S. über das verwickelte Bureauwesen der Kaiserzeit Bethmann-Hollweg III. § 142; auch Puchta, Kurs. I. § 127; Rudorff II. § 12 Not. 25 ffl.

2) bes. der regesta u. personalia. Daneben hatten die apparitores s. scribae auch die gerichtliche Polizei u. Exekution. — Dem außergerichtlichen Beurkundungs- und Schriftverfassungsgeschäft dienen die tabelliones u. pragmatici; s. Bethmann-Hollweg, Hdb. I. § 17; Rudorff a. a. O. § 13 Not. 8.

3) S. die Nachweise bei Wetzell § 36 Not. 48 ffl. Ebenso in Frankreich s. Schäffner, Rechtsgesch. I. S. 368.

4) C. 11 X de prob. 2, 19; c. 28 X de test. 2, 20; Clem. 2 de V. S. 5, 11.

5) Oesterley, das deutsche Notariat I. S. 401; s. dazu Endemann, Beweislehre § 67; über das franz. Notariat Schäffner II. S. 447. Ueber die Namen tabellio u. notarius vgl. Wetzell § 24 Not. 52.

daher und zwar nicht als ständiger Beamter, sondern je nach Bedürfniß, ursprünglich sogar in der Regel von den Parteien privatim gewonnen[6]), später aber von dem Gericht zu der einzelnen Sache zugezogen, die Gerichtsverhandlungen und Dekrete in solenner Form aufzeichnen. Davon hing die Gültigkeit der einzelnen Akte und Verhandlungen ab. Die legale Aufzeichnung wurde eben (§ 96) die Grundlage des Urtheils.

Seit nach Aufnahme der fremden Rechte der deutsche Prozeß sich zur Schriftlichkeit wandte, wurde auch hier der Schreiber nach dem Muster des C.R. nothwendig[7]). Nur wurde in Uebereinstimmung mit dem sich entwickelnden ständigen Beamtenthum, anstatt Zuziehung eines Notars zu der einzelnen Sache[8]), in der Folge dem Gerichte ein ständiger Schreiber, der früher immer noch als Notar betrachtet wurde[9]), in der Folge aber immer mehr als ein vom Staat angestellter Urkundsbeamter[10]) erschien[11]), zugewiesen.

II. Eben deshalb finden auf den Gerichtsschreiber, Aktuar oder, wie er besonders bei Kollegialgerichten heißt, Sekretar, was Fähigkeit und Voraussetzungen, namentlich Anstellung und Beeidigung[12]) betrifft, die für das Richteramt geltenden Bestimmun-

---

6) S. auch Schäffner III. S. 493.

7) Das sprechen die Reichsges. ausdrücklich aus; z. B. K.G.O. von 1495 Tit. 4. P.G.O. von 1532 Art. 1; R.K.G.O. von 1555 I., 28 § 5 u. a. Vgl. Wetzell Not. 63 ffl. Ebenso deren zahlreiche Partikularverordnungen.

8) So noch in der Not.-Ord. von 1512.

9) Wetzell Not. 68.

10) was der Notar als servus publicus, Diener des Publikums, nicht war. Ueber die Folgen davon in der Urkundenlehre s. 192. — Bis jetzt hat man noch nicht daran gedacht, die Beurkundung, wie neuere P.O. mit der Vollstreckung thun (§ 254, I. a. E.), von dem Gericht abzutrennen und eigenen Dienern des Publikums (Notaren) zu überweisen. — S. über das ganze Institut der actuarii s. secretarii Carpzov. pr. j. II, 4 § 4.

11) für die folgeweise der notarielle Karakter gleichgültig ist; der Staat stellt an und nimmt in Wahrheitspflicht, wen er will. — Das Notariat blieb darnach höchstens für außergerichtliche Beurkundung mancher Akten des freiwill. Rechtsverkehrs; Oesterley, bes. II. § 19. Daher dann, wenn die Aktuare auch solche Funktionen haben sollen, ihnen die Notarsqualität noch bes. beigelegt wird. Sonst ist jetzt bekanntlich das Notariat oft mit der Rechtsanwaltschaft verbunden.

12) Es handelt sich jetzt um den Dienst-, nicht um den spezifischen

gen analoge Anwendung. Aus demselben Grunde kann daher auch der Aktuar, ähnlich wie der Richter, als unfähig verworfen oder rekusirt werden [13]), worüber der Richter zu entscheiden hat [14]). Dagegen erstreckt sich auf ihn nicht der Grundsatz der Unabsetzbarkeit, vielmehr ist provisorische Anstellung, sowie Vertretung durch Praktikanten, Auditoren und Aushülfspersonen möglich.

Das Amt des Gerichtsschreibers umfaßt:

A. die Aufzeichnung der gerichtlichen Vorgänge, theils in Form von Protokollen, theils in Form von Registraturen (§ 148, I.), in denen er vollen Glauben hat;

B. sodann aber auch die Niederschrift, Ausfertigung und Beglaubigung der gerichtlichen Verfügungen und Mittheilungen, sowie die Vorlesung derjenigen Aktenstücke, welche gerichtlich vorzulesen sind [15]);

C. meist ferner die Sorge für die Verzeichnung der ein- und ausgehenden Schriftstücke, sowie die Sammlung und Aufbewahrung der vorhandenen Akten [16]);

D. häufig endlich die Aufsicht über das Stempel-, Sportelwesen, die geringeren Diener, sowie nicht selten das Entwerfen von Dekreturen und aushülfsweise selbst richterliche Arbeiten.

III. Hinsichtlich seiner Dienstpflichten steht der Gerichtsschreiber unter der Disziplin des Richters. Allein in der Ausübung seiner Funktionen, insbesondere in der Beurkundung, ist seine Pflicht doch zugleich eine selbstständige, wenn sie auch andererseits nur den Zwecken des Richters dient. Seine Beurkundungsfähigkeit erscheint zwar nicht mehr als eine ausschließliche. Auch der Richter kann, wenigstens in Nothfällen, oder ganz allgemeinhin

---

Notariatseid; Wetzell Not. 72; dieser gibt ihm die publica fides; cf. c. 13 X. de praescr. 2, 26; Gloss. ad c. 11 de prob. 2, 19. Was er vor Anstellung resp. Beeidigung thut, ist als amtlicher Akt ungültig; Wetzell Not. 74; ob es nicht als Privatzeugniß Werth hat, ist eine andere Frage.

13) Hannöv. P.O. § 27; Lüb. P.O. § 22; Bad. P.O. § 87 ffl.; D. E. § 45; Preuß. E. § 80.

14) Wetzell Not. 75.

15) Wetzell Not. 69.

16) Martin § 65; s. auch § 148 II.

Protokolle oder Registraturen aufnehmen[17]). Insofern hängt es also häufig von dem Richter ab, ob der Aktuar thätig werden soll, oder nicht. Im Uebrigen aber ist letzterer, soweit seine Thätigkeit reicht, wenn diese irgend die Garantie leisten soll, die man erwartet, auf seine eigene Gewissenhaftigkeit verwiesen und keineswegs gezwungen, lediglich den Anweisungen des Richters zu folgen[18]).

IV. Unter oder neben dem Aktuar, bzw. Sekretar, steht in der Regel die Kanzlei, d. h. die Kopisten und Expedienten der Schreibstube, für welche ersterer meist verantwortlich ist, Registratoren, Repositare und Archivare für die Führung und Aufbewahrung der Akten, Sportelerheber, Stempeldistributoren u. dgl.[19]).

§ 37.

d. der Gerichtsdiener.

Martin § 71 Not. a; Linde § 85; Heffter § 71; Schmid § 29; Bayer in § 59; Osterloh § 50 Not. 8; Wetzell § 36 III; Renaud § 16.

Das Gericht bedarf zur Handhabung der äußeren Ordnung, sowie zur Vollziehung der Ladungen, Befehle und Exekutionen, soweit diese ihm zugewiesen sind, ausführender Personen.

Die Römer hatten zu diesem Behufe die korporativ organisirten,

---

17) Martin § 65 a. E. Wetzell Not. 67. S. dagegen Schmid Not. 3—5; Bayer a. a. O. aus Reminiszenz des C.R., weil der Richter nicht Notar ist; vgl. Not. 5. Da jetzt aber die publica fides des Aktuars nur auf der öff. Anstellung beruht, so liegt es allerdings sehr nahe, daß der ebenfalls öff. angestellte Richter diese auch hat.

18) Das Diktiren (s. Martin, Vorl. I. S. 401; Schmid Not. 14; Wetzell Not. 77) des Richters, obwohl partikularrechtlich geradezu gebilligt und praktisch sehr oft, selbst mit Einverständniß des Aktuars, geübt, macht letzteren zur puren Maschine, vernichtet also die vermeintliche Garantie getreuer Beurkundung. Ueberhaupt ist von der Kontrole, welche der selbstständig gedachte Schreiber bieten soll, nicht viel zu sagen. Er ist immer mehr zur untergeordneten Hülfsperson geworden. Daher denn auch bei Protokollen der vorzügliche Beweiswerth leicht gerade in der richterlichen Mitwirkung gefunden wird; s. § 148, 5.

19) Wetzell nach Not. 96; Martin, Vorl. I. S. 416.

mit den Gerichten in Zusammenhang stehenden Bureaux der apparitores, accensi, lictores, viatores u. s. w.[1]).

Nach germanischer Einrichtung diente dazu, wenn auch theilweise in eigenthümlicher Stellung, der Fronbote, Büttel, Weibel, Knecht, Vogt u. dgl.[2]), ursprünglich von dem Richter und den Schöffen gewählt aus den ansässigen Leuten[3]). Ebenso soll nach C.R. das Gericht seine apparitores, cursores u. dgl. besessen haben[4]).

Nach modernem gemeinem Prozeß waren seither die Gerichtsdiener öffentlich angestellte und beeidigte Unterbeamte des Gerichts, denen sämmtliche, eben erwähnte Funktionen, oder einzelne derselben übertragen wurden. Am wichtigsten ist dabei die Befugniß, Ladungen, Zustellungen und Vollziehungen vorzunehmen und darüber mit vollem Glauben Bericht (Relation) zu erstatten (§ 143, 37). Das C.R. machte sogar den Gerichtsdiener in ähnlicher Weise zu der privilegirten Citationsperson wie den Notar zur Urkundsperson[5]). Jetzt hat er wenigstens als öffentlicher beeidigter Diener darin bis zum Beweise des Gegentheils vollen Glauben[6]).

In den neuesten Gesetzgebungen aber zeigt sich sehr entschieden das Bestreben, die Vollziehung der Ladungen, Insinuationen und Exekutionen eigenen, von dem Gericht mehr oder minder getrennten Beamten zu überweisen, die man Huissiers[7]), Gerichtsvögte, Gerichtsvollstrecker u. dgl. nennt[8]).

---

1) Rudorff R.G. II. § 12; auch Bethmann-Hollweg, Hdb. I. S. 190 ffl.; Gesch. I. S. 43.

2) Wetzell Not. 98 ffl. — Maurer, german. Gerichtsverf. § 14. 61. 104 ffl.

3) Walter, deutsche R.G. § 653.

4) München, das kanon. Gerichtsverf. I. S. 78.

5) Durant. II, 1 de citat. § 4 nr. 6; Gaill. I. obs. 55 nr. 4., und die Citate bei Wetzell Not. 101. Ursprünglich jedoch nicht so, daß nicht eine Ladung doch auch in anderer Weise geschehen konnte, z. B. durch Notar und Zeugen, Carpzov. pr. jur. VII. 1 nr. 55. 73., oder durch Privatdiener; Marant. spec. aur. VI. de citat. nr. 44.

6) Wetzell Not. 102—104.

7) Ueber die Entwicklung der französ. sergents u. huissiers s. Schäffner I. S. 369; II. S. 439 ffl. — Ueber die englischen Einrichtungen des Sheriffs und seiner Unterbeamten s. Rüttimann § 90 ffl.; Gneist, Selfgov. S. 521 ffl.

8) Hannov. P.O. § 119; Bair. E. Art. 86 ffl.; D. E. § 112; Preuß. E. § 142. — Die Konsequenzen s. § 143. 254, I. a. E.

§ 38.

3. Einzel- und Kollegialgerichte.

Martin § 64; Linde § 76. 179; Heffter § 56. 63; Schmid § 40; Bayer § 85. 86; Osterloh § 51; Wetzell § 36 Not. 1; Renaud § 17.

I. Jedes der in den vorigen §§ erwähnten Aemter kann bei ein und demselben Gericht mit einer Mehrheit von Personen besetzt sein. Die Einsetzung mehrerer Aktuare, Gerichtsdiener u. dgl. begründet jedoch keinerlei Unterschied in dem Wesen des Gerichts. Die Besetzung mit mehreren Richtern aber ist in der Weise möglich, daß jedem der mehreren Richter eine getrennte Geschäftsabtheilung zu selbstständiger, alleiniger Verwaltung überwiesen wird. Alsdann besteht trotz der Mehrheit von Richtern doch für die einzelne Sache nur Einzelrichterthum, und man nennt solche Gerichte daher immer noch Einzelgerichte.

Zu einem Kollegialgericht sind mehrere Richter erst dann verbunden, wenn die Ausübung der Richterfunktionen nur durch Zusammenwirken der mehreren Richter [1]) in gemeinsamer Berathung und Beschlußfassung stattfindet.

II. Die Beschaffenheit der Einzelgerichte ergilt sich von selbst. Das Wesen des Kollegialgerichts besteht in der Mitwirkung mehrerer, d. h. mindestens dreier [2]), Mitglieder bei der Kognition. Die Vornahme einzelner Vollziehungshandlungen, oder selbst der Prozeßleitung im Ganzen durch ein einzelnes, allenfalls besonders deputirtes Mitglied ist darum nicht ausgeschlossen [3]). Aber entscheiden kann kein Einzelner allein.

Die Aufsicht und Vertheilung der Geschäfte liegt dem Vor-

---

1) Die sämmtlich votum decisivum haben müssen. Denn vot. consultativum macht in Wahrheit keine Kollegialität. Schmid § 40 z. A.

2) L. 85 de V. S. 50, 16. — Nach den Gerichtsordnungen aber werden häufig mehr verlangt.

3) Wetzell nach Not. 1. Daß Wahrnehmungen nur von Einzelnen gemacht und Zeugenverhöre, i. e. Befragungen nur von Einzelnen vorgenommen werden können und müssen, ist insofern richtig, als nur physische Personen zu sehen, zu hören, oder zu fragen im Stande sind. Es ist aber dann eine weitere Frage, ob die betr. Handlungen durch ein einzelnes Mitglied (als Organ) vor dem versammelten Kolleg, oder allein (Deputation s. § 51) vorgenommen werden. Renaud Not. 6.

sitzenden ob; ebenso in der Regel die äußere Repräsentation, Ausfertigung im Namen des Gerichts[4]) u. dgl., sowie oft auch die allgemeine Disziplin (§ 24). Größere Gerichte sind häufig in Senate und Sektionen eingetheilt, von denen jedes ein Kolleg für sich ist; mitunter wieder unter besonderem Vorsitzenden[5]).

Jeder Vorsitzende ist als Richter nur Mitglied des Kollegs[6]). Die Mitglieder müssen gehörig zusammengerufen sein[7]) Ueber die Art des Vortrags und der Berathung verfügt die Dienstanweisung[8]). Es entscheidet Stimmenmehrheit der Erschienenen[9]), und zwar absolute, die allerdings oft schwer zu gewinnen ist[10]).

Bei Stimmengleichheit muß gesetzliche Begünstigung[11]) oder das votum decisivum des Präsidenten[12]) entscheiden.

---

4) Martin, Vorl. I. S. 399.

5) In welchen Fällen dann Senate und Sektionen zusammentreten müssen, bestimmt die Instruktion.

6) Wetzell a. a. O. sucht natürlich dem Präsidenten die Stellung des „alten Richters" zu geben, d. h. in ihn den eigentlichen Schwerpunkt zu verlegen und damit der demokratischen Gleichheit aller Mitglieder vorzubeugen. Richtig ist, daß sehr verschiedene Abstufungen in dem Karakter der Kollegialgerichte herrschen können und herrschen; nicht richtig aber, daß das, was Wetzell empfiehlt, der wünschenswerthe Zustand sei.

7) Natürlich ist bei bestimmten Sitzungszeiten nochmalige Ladung nicht nöthig. Bayer § 86 II. A. — S. über das R.R. Bethmann-Hollweg II. S. 261; III. S. 291.

8) Die alten reichsges. Bestimmungen haben kaum noch praktischen Werth.

9) Bayer a. a. O. u. Schmid § 40 Not. 3 verlangen, daß wenigstens ⅔ der Mitglieder anwesend seien, nach R.R. — Vgl. auch Gensler, Comm. zu Martin S. 136. — Da jede Geschäftsordnung bestimmt, wieviel Mitglieder mindestens zugegen sein müssen, so kann das füglich übergangen werden.

10) Zumal wenn über die Gründe abgestimmt wird. S. unten § 137. Einzelne Regeln s. Hann. P.O. § 349; Bair. E. Art. 247; D. E. § 255; Preuß. E. § 345 ffl.; Schmid Not. 4; Osterloh Not. 5; Martin, Vorl. I. S. 562; Bayer a. a. O. II. B. Scharfe Logik, Observanz und Art der Präsidialleitung muß das Beste thun. Mehr lehrt auch nicht Zacke, üb. Beschlußfassung in Versamml. u. Kollegien; 1867.

11) Favor rei, geringere Summe u. dgl. Bayer das. B. 3 nach L. 38 § 1 de re jud. 42, 1; c. 1 in VI. 1, 22; Schmid Not. 5—8.

12) Andere Mittel sind auch allenfalls: Aktenversendung, Beiziehung mehrerer Mitglieder. Osterloh Not. 8. Bericht an den Landesherrn (s. Martin § 117 Not. e) unmöglich.

Die Pflichten des Richters, die Grundsätze über Fähigkeit oder Verwerflichkeit (§ 30, II. 6; § 31, III.) bleiben sonst dieselben. Nach außen hin erscheint das Kolleg als eine Gesammtheit im Sinne des öffentlichen Rechts, bezüglich seiner privatrechtlichen Haftbarkeit (§ 34, 10) sogar als juristische Person im Privatrechtssinn.

III. Die Ansichten über den Werth der Einzel- und Kollegialgerichte haben sehr gewechselt.

Bei den Römern war ursprünglich kollegiale Besetzung selbst des Geschwornenamtes (decemviri, centumviri, recuperatores)[13]) die Ausnahme, Einzelrichterthum der Magistrate, aber auch der Geschwornen[14]), wenn auch in der Folge unter Zuziehung stimmberechtigter Beisitzer (§ 35), die Regel. Wie begreiflich, behielt die Kaiserzeit im Ganzen das bureaukratischen Einrichtungen entsprechende Einzelrichterthum bei, jetzt sogar nur mit berathenden Beisitzern[15]). Nicht minder setzt das C.R. regelmäßig Einzelrichter, sowohl ordinarii, wie delegati, voraus, wenn auch wieder mit Zuziehung von berathenden Beisitzern[16]).

In Deutschland dagegen waren von Haus aus die Volksgerichte kollegialisch und blieben es unter dem Vorsitz des Königsrichters. Dasselbe gilt von den späteren Schöffengerichten. Indessen konnte es nicht fehlen, daß vielfach das Volksrichterthum der Schöffen zu einer untergeordneten oder gar nur berathenden Beisitzerschaft herabsank. Unter dem Einfluß der fremden Rechte wurden geradezu in den Zeiten der patrimonialen Jurisdiktion viele Gerichte zu Einzelgerichten[17]).

Indessen ist die Kollegialität nicht nur echt germanisch, sondern überall auch die Grundlage wahrer Unabhängigkeit der Justiz[18]). Gewöhnlich waren bis vor Kurzem die Untergerichte ganz

---

13) Heffter § 57; Rudorff II. § 7, 8; Bethmann-Hollweg, Gesch. I. § 23 ffl.

14) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 62 ffl.

15) Heffter § 60; Rudorff II. § 11.

16) Durant. I., 1 de off. ordin. § 5 und de assess. — Wetzell Not. 4.

17) Man vgl. überhaupt hierzu § 19.

18) Das liegt auf der Hand. Wer daher an der vollen „Souveränität" der Gerichte kein Gefallen hat, muß auch die Einzelrichter lieben.

und gar Einzelgerichte, oder doch nur theilweise zu Kollegien kombinirt, die höheren dagegen Kollegialgerichte. Die neuesten Organisationen aber schaffen häufig schon für die erste Instanz Kollegialgerichte [19]), wenn sie auch daneben, jedoch in sehr verschiedener Weise, bald durch eigene Einzelämter, bald durch ständige Kommission oder Deputation einzelner Mitglieder die Rechtspflege durch Einzelrichter in gewissem Maaße, zumal für geringfügige Sachen, fortbestehen lassen. Zugegeben jedoch, daß das Einzelgericht an Schnellfertigkeit und praktischer Lebenskenntniß im unmittelbarsten Verkehr des Publikums, sowie an Billigkeit gewisse Vorzüge besitzen mag, so werden diese doch durch die aus der Vereinigung hervorgehende Zuverlässigkeit des Urtheils reichlich aufgewogen. Bei echt mündlichem Verfahren aber sind Kollegialgerichte für die Kognition in wichtigeren Sachen geradezu unentbehrlich [20]).

§ 39.

4. Die Staatsanwaltschaft.

Renaud § 21.

Als Organ des Staates, welches in der Civilrechtspflege thätig wird, ist auch die Staatsanwaltschaft zu erwähnen, welche neuere Prozeßordnungen [1]) nach dem Vorbilde der französischen Organisation aufgenommen haben [2]). Gewöhnlich unterscheidet man zwei Kategorien ihrer Thätigkeit.

---

19) Renaud S. 47.

20) Vgl. über die legislat. Gesichtspunkte die bei Renaud Not. 12 citirten Darstellungen; dazu auch Arnold, Umgestaltung des Civilproz. S. 23 ffl. — Alle neuesten P.O. u. Entwürfe setzen daher Kollegialgerichte voraus. Das Hannov. Ges. von 1859 § 4 läßt den Amts-(Einzel-)Richtern noch die Sachen unter 150 Thlr., Arrestsachen, Konkurse u. dgl.; die Lüb. P.O. § 9 hat Kollegialgerichte außer in Bagatellsachen; die Bad. P.O. § 7—9 Amtsgerichte in Sachen unter 200 Gulden; ähnl. D. E. § 4, 5 (vgl. § 224, 433 ffl.) § 7; Bair. E. Art. 20. 21. 469 ffl.; Preuß. E. § 46 (unter 100 Thlrn.) § 49—53. Das Bedürfniß der Amtsgerichte für die freiwillige Gerichtsbarkeit, Exekution, Voruntersuchung u. s. w., ist hier nicht zu berühren.

1) Die Belege s. bei Renaud a. a. O.

2) Nicht ohne großen und sehr berechtigten Streit über die Zweckmäßigkeit dieser Institution. S. Mittermaier, Arch. f. civ. P. Bd. 46

Nach der einen Seite soll die Staatsbehörde, welcher zu diesem Behufe manche Sachen von Gerichtswegen mitgetheilt werden müssen, berechtigt sein, (als sog. partie jointe) der öffentlichen Gerichtssitzung oder auch der Berathung beizuwohnen und dort oder in schriftlichen Anträgen ihre gutachtliche Ansicht über die zu treffende Entscheidung vorzutragen. Letztere bindet zwar das Gericht nicht, kann aber von der Staatsanwaltschaft, wenn sie von dem Gerichte nicht adoptirt wird, im Wege eines Rechtsmittels zur „Wahrung des Gesetzes" weiter geltend gemacht werden[3]).

Nach der andern Seite wird der Staatsbehörde (als sog. partie principale) das Recht gegeben, im öffentlichen Interesse, z. B. in Ehesachen, und zum Schutze gewisser, der besonderen Vertretung bedürftiger Personen, wie z. B. Abwesender, allein oder konkurrirend mit der Partei selbständige Klagen und Rechtsmittel zu erheben.

Zugleich überträgt man der Staatsanwaltschaft oft die Besorgung der Requisitionen (§ 46, I.), oder noch weiter des gesammten Geschäftsverkehrs der Gerichte mit anderen Behörden, sowie unter einander und theilweise sogar mit den Parteien; ebenso Funktionen bei Ertheilung des Armenrechts, Rekusationen, Erwirkung von Kommissionen u. dgl.

Endlich wird mitunter geradezu durch die Staatsbehörde, als Organ des Justizministeriums, also als Justizadministrativbehörde, die Oberaufsicht und Disziplin über die Gerichte geübt[4]). Die Bedenken gegen ein Institut, dessen Funktionen, soweit ein wirkliches Bedürfniß vorzuliegen scheint, erfahrungsmäßig ohne Mühe durch anderweite Einrichtungen erspart werden können, und das im Uebrigen den Gerichten schlimmen Falls eine abhängige, besten Falls eine unabhängige, jeden Falls eine bureaukratische, mit einer

---

S. 416; u. Arnold, Umgestaltung S. 28. Verhandl. des Juristentags III. 2 S. 28 ffl. Motive des Preuß. Entw. S. 59.

3) Die Staatsbehörde als „Wächterin des Gesetzes" gegenüber den Gerichten, die freilich schon von selbst das Gesetz bewachen sollten, ist Nichts, als eine besondere Organisation der in § 24, IV. D. gedachten Oberaufsicht.

4) S. § 24, 15. Daher denn auch derselben wegen ihres diszipl. Karakters bes. die Justizverweigerungs- und Verzögerungsbeschwerde zugewiesen wird. Renaud § 193, 1.

großen Gewalt ausgerüſtete Juſtizadminiſtrativbehörde[5]) gegenüberſtellt, bedürfen kaum der Andeutung[6]).

C. Aeußere Organiſation.

§ 40.

1. Ueberſicht.

Osterloh § 57. Wetzell § 37 z. A.

Das Verhältniß der mehreren Gerichte, die in einem Staate beſtehen, die Gerichtsverfaſſung oder äußere Organiſation[1]), wird durch ein darauf bezügliches Geſetz, die Gerichtsordnung oder das Gerichtsorganiſationsgeſetz, beſtimmt.

Bis jetzt gibt es nur eine partikulare, keine allgemein deutſche Gerichtsverfaſſung. Allein das hindert nicht, aus den partikularen Erſcheinungen gemeine Grundſätze aufzuſtellen.

Eine ſtrikte Gliederung des Gerichtsweſens wird um ſo mehr unabweisliches Bedürfniß, je mehr alle einzelnen Gerichte aus der einheitlichen Quelle der Staatsgerichtsbarkeit hervorgehen (§ 20).

Die Maſſe von Patrimonial-, Korporations- oder Territorialgerichten der feudal-patrimonialen Zeit ſuchte und forderte bei der Verſchiedenheit ihrer Quellen eine ſolche einheitliche Organiſation nicht. Die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch unſtändige Delegationen (§ 48) machte vollends ein feſt gegliedertes Verhältniß unmöglich. Ein Anfang einheitlicher Organiſation lag höchſtens in der Einrichtung der ſtehenden Reichsgerichte[2]).

Indem jetzt bei der Ständigkeit der Gerichte zugleich ein durchaus beſtimmtes Verhältniß der Gerichte eines jeden Staates

---

5) Als Gegengewicht gegen die § 23 dargeſtellte Unabhängigkeit wird gegen deren möglichen Mißbrauch eine Bewachung des Geſetzes durch den Staatsanwalt gefordert. Vielleicht könnte man nicht ohne Grund dieſe Art von Garantie auch wieder gegen die Staatsanwaltſchaft fordern.

6) Daß die engl. Kronanwaltſchaft damit Nichts gemein hat, ſ. Gneiſt, Verwalt. II. § 124.

1) Ueber den Gegenſatz ſ. § 25.

2) Das bunte Ineinandergreifen und Kollidiren der verſchiedenen Gerichte iſt für uns heut zu Tage ein durchaus fremdartiges und antiquirtes Bild.

zu einander erheischt werden muß, ist davon auszugehen, daß der Staat für einen jeden Rechtsstreit ein Gericht darzubieten hat. Insofern muß die Organisation der Staatsgerichte, in deren Verband sich auch die etwa noch bestehenden Patrimonialgerichte einfügen (§ 22), eine vollständige sein.

Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, die Deckung des Rechtsbedürfnisses kleinerer Staaten, wozu namentlich in den höheren Instanzen Veranlassung, theils durch gemeinsame Gerichte [3]), theils durch Staatsverträge, wonach ein anderer Staat die Justiz mitbesorgt, zu erzielen.

Die Organisation beruht ferner darauf, daß einem jeden Gericht ein für allemal ein bestimmter Umfang seiner objektiven Kompetenz [4]) gesetzt wird. Es ist möglich, verschiedene Gerichte nach der Verschiedenheit der Sachen oder der Personen einzurichten. Es muß daher

1. von dem Verhältniß dieser verschiedenartigen Gerichte die Rede sein. Alle Gerichte jeder Art aber sind sodann, insofern sie die Organisation einander unterordnet, zu betrachten

2. in ihrem Subordinationsverhältniß, insofern sie einander nicht untergeordnet sind, endlich

3. in ihrem Koordinationsverhältniß.

2. Verschiedene Arten der Gerichte.

§ 41.

a. Ordentliche und Sondergerichte.

Martin § 49; Linde § 97; Heffter § 51, 159; Schmid § 34; Bayer § 72; Osterloh § 78; Wetzell § 37; Renaud § 23.

I. Wenn alle Jurisdiktion vom Staate ausgeht, so erscheint

---

3) Die B.A. Art. 12 gestattete bekanntlich den Staaten über 150,000 Seelen ein eigenes Ob.-App.-Gericht, erwartete aber, daß die unter 300,000 sich mit andern dazu vereinigen. Vereinigungen dieser Art kommen aber auch hinsichtlich anderer Gerichte vor.

4) Diese Kompetenz ist es die z. B. in L. 2 si quis 2, 5; L. 28 de re jud. 42, 1; L. 19 Cod. de usur. 4, 32; L. 7 Cod. de test. tut. 5, 28 gemeint ist u. die nicht mit der subjektiven Kompetenz, § 57 ffl., verwechselt werden darf.

es an sich geboten, daß der Staat allen Angehörigen die gleichen Bedingungen der Rechtserlangung darzubieten hat. Aus der Idee der Staatsgerichtsbarkeit fließt daher nothwendig die Idee einer einheitlichen, für alle Staatsgenossen dieselben Gerichte aufstellenden Organisation. Wie jedes besondere Recht oder besondere Verfahren muß folglich auch jedes Sondergerichtswesen als Ausdruck einer Rechtsungleichheit von vorn herein für verwerflich gelten [1]).

Gleichwohl bestehen mehrfach besondere Gerichte für gewisse Klassen von Personen oder für gewisse Gattungen von Sachen; zum größten Theil geschichtliche Reste der Zeit, wo jeder Stand und jede Korporation ihre besondere Jurisdiktion besitzen konnte, zum Theil jedoch aus Zweckmäßigkeitsrücksichten gerade erst neuerdings eingeführt. Durch die Verschiedenheit der Gerichte nach dieser Seite hin entsteht der Begriff der Kompetenz oder Zuständigkeit im objektiven Sinn. Es muß zunächst gefragt werden, ob nach Beschaffenheit der Person oder Sache die eine (allgemeine) oder die andere (Sonder-) Gerichtsbarkeit und folglich das ihr angehörige Gericht befugt ist, die Justiz auszuüben. Die gewöhnlichen Gerichte des Staates sind als ordentliche, fora communia, an sich für alle Personen und alle Sachen bestimmt. Sie haben allgemeine Gerichtsbarkeit [2]). Die für einzelne Klassen eigens bestehender Gerichte sind besondere oder Sondergerichte [3]), fora particularia, mit einer Ausnahmsgerichtsbarkeit [4]).

II. Als Arten der Sondergerichtsbarkeit [5]) sind zu erwähnen:

---

1) Bluntschli, Allg. Staatsrecht II. S. 209; soweit nicht „wirkliche Noth" dazu drängt.

2) Schmid § 34. Wetzell § 37 z. A.

3) Dieser Ausdruck muß unbedingt dem Ausdruck: forum privilegiatum vorgezogen werden, der für ganz etwas Anderes (§ 43) reservirt wird; Wetzell § 37, I. 1.

4) Wenn man seither die Sondergerichtsbarkeit gar als einen privilegirten Gerichtsstand behandelt hat (Martin § 49, 50; Bayer § 72; Osterloh § 78.), so ist das vollends schief und für die Lehre von der Kompetenz (§ 57) verwirrend. Auch Renaud § 30 ffl. stellt Sondergerichtsbarkeit als for. privil. u. extraord. mit den Gerichtsständen im andern Sinne durchaus zusammen.

5) Historische Zeugnisse für den jetzigen Bestand von Sondergerichten

A. solche, welche auf persönlichen Verhältnissen, Stand oder Beruf, gewisser Klassen beruhen. Hierher gehört:

1. die akademische Gerichtsbarkeit. Sie entstand, als die Universitäten sich korporativ abschlossen[6]), nach dem allgemeinen Grundsatz, daß jedes Kollegium befugt sei, die Rechtspflege in seinem Kreise selbst zu üben (§ 19, 15). In der Folge, auch in Deutschland vielfach durch ausdrückliche Privilegien bestätigt, umfaßt sie jetzt in der Regel noch die Polizei- und Civilgerichtsbarkeit über die Studirenden, nicht mehr über die Lehrer, Beamten und sog. Verwandte der Universität. Das Fortbestehen dieser neuerdings häufig angefochtenen Sonderjurisdiktion in Civilsachen pflegt mit dem disziplinaren Karakter derselben und der Minderjährigkeits- bzw. Haussohnsqualität der meisten Studirenden gerechtfertigt zu werden[7]).

Ausgeübt wird sie durch den Rektor und Senat, oder eine Senatsdeputation, oder, wie namentlich in Civilsachen meist der Fall, durch den Universitätsamtmann als Justitiar der Korporation, oft aber auch als Staatsbeamten[8]).

2. die Militärgerichtsbarkeit, als eigene Jurisdiktion erst entstanden, seit in den modernen Söldnerheeren der Kriegsdienst als gesonderter Lebensberuf auftrat[9]), so wichtig sie in anderer Richtung,

---

bietet auch das R.R. dar. S. Bethmann-Hollweg, Hdb. I. S. 66. 83. 92. 104. Das Mittelalter hat eigentlich nur Sondergerichte. Allein das Alles beweist selbstverständlich Nichts für die heutigen Zustände des Rechtsstaates. Wetzell a. a. O. will die Sondergerichte natürlich möglichst erhalten wissen.

6) Positive Grundlage soll Auth. habita Cod. ne filius pro patre 4, 13 sein. Wetzell, Not. 17 ffl.; Renaud § 30, 9.

7) Wetzell Not. 28. — Zur Kritik des für den Untergang längst reifen Instituts s. Verhandl. des Juristentags VI. S. 3.

8) Wetzell nach Not. 28. — Wenn der Amtmann Staatsbeamter ist und nicht Justitiar, so fällt der Gesichtspunkt der korporativen Gerichtsbarkeit, der ohnehin schon nicht mehr paßt, wenn die Professoren ihr nicht mehr unterliegen, vollends zusammen. Wiederherstellung der ak. Jurisdiktion über die Lehrer und Beamten wird nach den Erfahrungen der Vorzeit gewiß Niemand befürworten.

9) Wetzell Not. 41 ffl.; Renaud § 30, 8; und daher an sich widersprechend, wo der Kriegsdienst eine allgemeine Pflicht aller Staatsangehörigen ist.

nämlich in Hinsicht auf die Ausübung der Polizei- und Strafrechtspflege erscheint, kommt für den Civilprozeß kaum noch in Betracht. Regelmäßig ist sie für Civilsachen, sonst in erster Instanz durch den Regiments- bzw. selbstständigen Bataillonskommandeur unter Assistenz des Auditeurs, in zweiter Instanz durch das Generalauditorat geübt, jetzt aufgehoben[10]). Dasselbe gilt

3. von den Hofmarschallsgerichten über die Hofdiener[11]). Vielfach rechnet man hierher

4. die geistlichen und auch die Patrimonialgerichte, weil sie, ungeachtet ihrer früher gleichberechtigten Existenz, der heutigen umfassenden Staatsgerichtsbarkeit gegenüber nur als Sondergerichte für besondere Kreise erscheinen[12]).

Der subjektive Umfang dieser Sondergerichtsbarkeiten, soweit sie noch bestehen, erstreckt sich auf alle dem betreffenden Stand zugehörige Personen[13]); aber auch auf deren Ehefrauen und Wittwen[14]), sowie auf die ehelichen Kinder. Manche wollen sogar das Gesinde daran Theil nehmen lassen[15]). Sie dauert so lange, als der Stand; darüber hinaus nur für begonnene Verhältnisse[16]).

B. solche, welche auf besonderer sachlicher Beschaffenheit der Rechtsangelegenheiten beruhen, wobei nicht verkannt werden darf, daß die Beschaffenheit der Sache häufig zugleich eine Beschaffenheit der Person berührt. Hierher rechnet man[17]) außer der

10) Weiteres Material s. bei Wetzell a. a. O. I. 2, 6.

11) Martin § 49, II.; Wetzell Not. 15.

12) Dagegen gehört das Privileg bevorzugter Stände — Wetzell I. 1 — nicht hierher, weil es nur eine Verschiebung der Instanzen darstellt, nicht eine Sondergerichtsbarkeit, s. § 44 u. vgl. dagegen Renaud § 30 z. A.

13) Wetzell Not. 63 ffl.

14) Wegen L. 13, 16 Cod. de dignit. 12, 1, L. 9 Cod. de incol. 10, 39 u. L. 22 § 1 ad municip. 50, 1 nimmt man das an, weil die Sondergerichtsbarkeit als ein Privileg gilt. — Wetzell § 40 Not. 53.

15) Bayer a. a. O. III. Osterloh § 78 Not. 12; auf die heutigen Gesindeverhältnisse sicher nicht passend. Vgl. § 189, II. B 3.

16) Wetzell Not. 67. — Dies Alles ist für die Civilrechtspflege zu unpraktisch, um darauf genauer einzugehen.

17) Wetzell a. a. O. II.

geistlichen Jurisdiktion, die ebenso gut als eine besondere sachliche angesehen werden kann,

1. die Lehnsgerichtsbarkeit, die sich ursprünglich als Standesgericht der Lehnsgenossen gebildet hat[18]), später jedoch aus dem eigenthümlichen Karakter der Lehnssachen hergeleitet wurde. Sie bedarf keiner näheren Darstellung, da neuerdings die streitigen Lehnssachen regelmäßig den ordentlichen Gerichten überwiesen sind.

2. Aehnlich verhält es sich mit den Meierdingen, Landsiedelleihegerichten u. dgl., welche man als untergeordnete Lehnsgerichte bezeichnen könnte[19]).

3. Hier und da bestehen noch Forst-, Berg-, Mark-, Deich-, Wasser-, Zunftgerichte u. dgl. für gewisse Rechtssachen[20]). Am wichtigsten sind zur Zeit unstreitig

5. die Handelsgerichte[21]), welche einst als Gerichte des korporativen Handelsstandes eingesetzt, als solche größtentheils verschwunden, neuerdings vielfach und zwar als Gerichte der Handelssachen wieder neu errichtet werden[22]). In gewissem Sinne kann man sogar als sachliche Sondergerichte betrachten

6. die Einzelgerichte, wenn ihnen Angesichts der Regel, daß schon in erster Instanz Kollegialgerichte eintreten

---

18) Wetzell Not. 69 ffl.; Renaud § 33 a. E.

19) Wetzell Not. 101 ffl.

20) Der privilegirte Gerichtsstand reichsständischer Güter gehört ebenso wenig hierher, wie das in Not. 12 bemerkte persönliche Privileg der höheren Instanz; vgl. § 44 I. B; dag. Renaud § 34. In der alten Form sind auch diese Gerichte dem Untergang verfallen. Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß aus demselben Gesichtspunkt, der für die Handelssachen eigene Gerichte verlangt hat, auch für andere Zweige solche möglicherweise demnächst gefordert werden.

21) welche Renaud in § 23 a. E. erwähnt.

22) Ueber den geschichtlichen, ursachlichen Zusammenhang dieser der Einheit des Gerichtswesens widersprechenden Thatsache s. Deutsche Vierteljahrsschrift Nr. 97 S. 1 ffl. u. Endemann, Zeitschr. f. Handelsrecht V. S. 355 ffl. Das Wesentliche liegt darin, daß es dem Handel wenigstens theilweise gelingt, zunächst nur für sich, das Volksrichterthum neu zu beleben; vgl. § 35 a. E.

Ueber die Einführung besonderer Handelsgerichte s. außer den Nachweisen in Endemann's Handelsrecht § 3 Not. 10 auch Bad. P.O. § 11—14; Lüb. P.O. § 10—12; Preuß. E. § 899 ffl.; Bair. E. Art. 24. D. E. § 463 ffl.

sollen, manche Sachen gleichsam als Ausnahme, namentlich nur bis zu einem bestimmten Werthe des Streitgegenstandes, zugewiesen werden [23]).

§ 42.

b. Verhältniß derselben zu einander.

S. die Citate des vorigen §.

Ueber das Verhältniß der Sondergerichte zu den ordentlichen herrschen, hauptsächlich veranlaßt durch den Irrthum, als ob die Stellung unter Sondergericht ein Privileg sei, sehr viele Unklarheiten.

Vielmehr steht die besondere Gerichtsbarkeit in ihrem sachlich oder persönlich abgegrenzten Umfang durchaus selbstständig neben der allgemeinen. Jede Sondergerichtsbarkeit ist ein eigener Nebenstamm der Staatsgerichtsbarkeit, deren Hauptstamm die allgemeine bildet. Innerhalb der ersteren gelten daher dieselben Regeln bezüglich der Kompetenz, des Instanzenzuges [1]) u. dgl., wie innerhalb der letzteren.

Durch die Abgrenzung einer besonderen Jurisdiktion entsteht die Gelegenheit zu Kompetenzkonflikten [2]), welche jedoch regelmäßig durch die Entscheidung der Gerichte selbst [3]) gelöst werden [4]). Jedes Gericht hat schon von selbst auf seine objektive Kompetenz zu achten. Indessen kann dieselbe, ähnlich wie die subjektive (§ 68),

---

23) S. § 38, 19; — Unterschiede der Gerichte nach gewissem Betrag des Gegenstandes s. auch schon L. 11 de jurisd. 2, 1; L. 1 Cod. de defens. 1, 55. — Ueber die engl. (sachlichen) Spezialgerichte s. Gneist, Verwaltungsr. II. § 125 ffl.

1) Der freilich äußerlich dadurch verschoben werden kann, daß als höhere Instanz der Sondergerichtsbarkeit ein Gericht der allgemeinen bestellt wird.

2) das ist die unvermeidliche, unangenehme Folge einer jeden Sonder- oder getheilten Gerichtsbarkeit. Nach dieser Seite bietet die Abgrenzung der geistl. und weltl. Gerichte des Mittelalters Analogieen genug. Scacc. de jud. I. c. 12.

3) wenn auch vielleicht erst der höheren Instanz.

4) Die Kompetenzgerichtshöfe des § 2, 20 sind für andere Fälle bestimmt.

auch durch Einwand der Partei streitig werden, so daß darüber förmlich zu verhandeln und zu entscheiden ist[5]). Im Weiteren ergibt sich Folgendes:

1. Zwischen Sonder- und allgemeiner Gerichtsbarkeit, sowie zwischen verschiedenen Sondergerichtsbarkeiten kann die Frage nur die sein, ob nach der Qualität der Person oder Sache der Rechtsstreit vor die eine, oder vor die andere gehört. Die Sondergerichtsbarkeit ist ihrem Wesen nach regelmäßig eine ausschließliche; die allgemeine tritt ein, aber auch nur dann, wenn keine besondere begründet ist. Es gibt an sich keine Prorogation herüber und hinüber; denn durch den Willen der Parteien kann der objektive Umfang der Zuständigkeit dieser oder jener auf heterogene Persnnen oder Sachen nicht erweitert werden[6]). Nach allgemeinen Grundsätzen enthält demgemäß der Mangel an objektiver Kompetenz eine Nichtigkeit, und zwar eine unheilbare (§ 243, 3). Es gibt daher auch keinen Verzicht auf die Ausnahmsstellung[7]), welche der Staat aus öffentlichen Gründen gewissen Sachen oder Personen beilegt[8]).

---

5) So namentlich in den Fällen, wo die obj. Kompetenz von einem gewissen Werth des Streitgegenstandes abhängt; s. § 41, 23.

Nach neueren Gesetzen hat oft die Staatsanwaltschaft die Vermittlung der Entscheidung in solchen Kompetenzstreitigkeiten (bei dem höheren Gericht) zu übernehmen. Han. P.O. § 18. D. E. § 26; theilweise Unanfechtbarkeit solcher Entsch. s. das. § 8.

6) Das gilt auch von Handelssachen. Indessen wird die Schärfe des hier ausgesprochenen Prinzips mitunter verwischt; s. auch § 66, 15. Das Verhältniß der in § 41 II. B. 6 berührten Gerichte z. B. lassen die meisten P.O. doch Prorogation zu, oder stellen den Satz auf: ubi semel coeptum est, ibi finire debet judicium (so auch Preuß. E. § 54 ffl.); weil unwillkührlich doch diese meist nur durch den Werth des Streitobjektes getrennten Gerichte allzu gleichartig erscheinen, um sie als förmliche Sondergerichte zu behandeln.

7) Ganz anders bei den § 44 I. zu berufenden Privilegien.

8) So können die Akademiker, Soldaten, Geistliche ebenso wenig ihrer Sondergerichtsbarkeit entsagen, wie die Handelssachen; s. auch Lüb. P.O. § 11 wider die gegentheilige Meinung (Renaud § 42, 27), die auf die Autorität eines sächs. Erkenntnisses hin (Busch, Arch. VIII. S. 397) schwerlich angenommen werden wird. — Der Gesichtspunkt der älteren Untersuchungen, ob der Laie dem geistlichen Gericht u. umgekehrt, oder überhaupt ob Jemand einem judex, der eigentlich nicht über ihn Gerichtsbarkeit hat,

2. Jedem Sondergericht ist, wie jedem ordentlichen Gericht, ein bestimmter Bezirk oder Umfang gesetzt, innerhalb dessen es alle ihm zugehörigen Sonderpersonen oder Sondersachen erfaßt. Ein Unterschied von den allgemeinen Gerichten zeigt sich nur darin, daß, während diese letztern regelmäßig das gesammte Staatsgebiet mit einem vollständigen Netz bedecken, die Sondergerichte, eben weil sie nur für besondere Klassen von Personen oder Sachen bestimmt sind, häufig nur einzeln oder vereinzelt vorkommen[9]). Sobald aber eine Mehrzahl von Sondergerichten derselben Art vorhanden, muß die Wahl des zuständigen ganz nach denselben Grundsätzen erfolgen, wie bei den ordentlichen[10]).

3. Für besonders zweifelhaft gilt, wie es mit dem forum reconventionis und connexitatis zu halten sei (§ 64). Allein nach richtiger Auffassung kann weder im Wege der Widerklage, noch im Wege des sog. Zusammenhangs irgend ein Anspruch dem Sonder- oder dem ordentlichen Gericht unterbreitet werden, für welchen es demselben an der persönlichen oder sachlichen Gerichtsbarkeit fehlt[11]).

4. Das Verhältniß des Sondergerichts zu dem forum rei sitae endlich hängt nicht davon ab, ob das sog. forum privi-

---

sich unterwerfen kann, war ein ganz anderer; cf. Damas. summ. (Wunderlich anecd.) p. 83; Durant. II. 1 de comp. jud. ad § 1 nr. 22 sqq.; strenger Marant. Spec. cur. P. IV. dist. 12 nr. 4.

9) So hat derselbe Staat, der keinen leeren Raum lassen kann in der Eintheilung der ordentlichen Gerichte (s. § 45, 3), vielleicht nur ein akademisches Gericht, nur in einigen merkantilen Bezirken Handelsgerichte u. s. w.

10) Natürlich so weit dies nach der Grundlage der Sondergerichtsbarkeit möglich. Bei Handelsgerichten kann nicht von dem forum rei sitae der Immobilien die Rede sein, weil die Rechtsverhältnisse an Immobilien nie Handelssachen sind. Und wo für die betr. Person, z. B. für den Studenten, Soldaten u. s. w., nur ein einziges Sondergericht möglich ist, fällt jede Kompetenzfrage nach § 57 ffl. hinweg. Sonst aber bleibt innerhalb der Sondergerichtsbarkeit die Erwägung der Kompetenz aus dem Gesichtspunkt des for. domicilii, contractus u. s. w. ganz dieselbe, wie innerhalb der allgemeinen. — Ebendeshalb ist es ein Mißverständniß, wenn Manche, wie Bayer §. 75, meinen, das for. privilegiatum, wie sie das Sondergericht nennen, vertrete nur das for. domicilii.

11) Anders natürlich wieder bei dem sog. privilegirten Gerichtsstand der Schriftsässigen u. dgl.; s. § 44, I. a. E.

legiatum stärker ziehe, oder das forum der belegenen Sache, oder ob elektive, oder welche andere Konkurrenz stattfinde[12]). Aus dem unter Nr. 2 Bemerkten erhellt vielmehr, daß man nur fragen kann, ob das forum rei sitae auch zu der besonderen Gerichtsbarkeit gehöre, oder nicht. Ist Ersteres der Fall, so rangirt es dort mit den übrigen Gerichtsständen, wie sonst. Da aber wenigstens die auf persönlicher, zum Theil auch die auf sachlicher Qualität[13]) beruhende Sondergerichtsbarkeit die dinglichen Klagen aus Immobiliarrechten nicht umfaßt, so findet sich thatsächlich das forum rei sitae nur in der ordentlichen Gerichtsbarkeit vor[14]).

3. Die Gerichte unter einander.

§ 43.

a. Das Instanzenverhältniß.

Martin § 66. 137; Linde § 77; Heffter § 101; Schmid § 40; Osterloh § 59; Wetzell § 38, I; Renaud § 19.

I. Nach der Justizeinrichtung Deutschland's besteht eine Unterordnung der Gerichte unter einander. Die dadurch gebildeten Stufen heißen Instanzen. Es ist Grundsatz des Prozeßrechts, daß in der Regel die Entscheidung des Prozesses nicht endgültig aus der Ansicht eines Gerichtes hervorgehen, sondern der wiederholten Prüfung, und zwar in der Regel eines höheren Gerichtes, unterliegen soll[1]).

---

12) Osterloh § 78 Not. 16; s. auch §. 76.

13) Wie die Handelsgerichtsbarkeit. Wogegen die Meier-, Bergwerks-, Deichgerichtsbarkeit u. s. w. zum Theil einen immobiliären Karakter hat oder hatte.

14) Es ist ganz dasselbe, aber doch schief ausgedrückt, wenn man sagt, daß das for. rei sitae ein absolut privilegirtes sei. Martin, Vorl. I. S. 304 Nr. V. 1. Vgl. auch Wetzell § 42 Not. 1. — S. im Weiteren unten § 60.

1) Das Institut der Instanzen hängt daher auf das Innigste mit der Ausbildung der Rechtsmittel, besonders der Appellation (s. § 227) zusammen. Je nach der Anordnung der Rechtsmittel und dem Karakter der Gerichte (Geschwornengericht!) ändert sich die Instanzeinrichtung sehr, wie das ältere röm. und ältere deutsche Recht bezeugen. Erst in der Kaiserzeit bildeten sich für das R.R., und erst seit der Feudalzeit für das deutsche R. Instanzenverhältnisse. S. auch Wetzell § 33 Not. 202 ffl.; Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II. § 62, der die Abwesenheit der bureaukratischen Unterordnung in der frühern Zeit (§ 61), natürlich nur vom heutigen Stand-

Zu diesem Behufe dient innerhalb der modernen Staatsgerichtsbarkeit eine deren Wesen entsprechende feste Gliederung, die indessen zugleich vielfach benutzt wird, um durch stufenmäßige Unterordnung die Disziplin über die Gerichte auszuüben (§ 24). Ausnahmsweise ist für manche Kategorieen von Sachen der Instanzenzug, d. h. die Möglichkeit, mehrere Stadien der Prüfung bei übergeordneten Gerichten zu durchlaufen, abgeschnitten oder beschränkt[2]). Für alle übrigen Prozeßsachen, sowohl in der ordentlichen, wie in der Sondergerichtsbarkeit existiren mehrere Instanzen[3]), und zwar nach der gemeinen Theorie drei[4]). Dies ist auch im Ganzen von den Partikurlarrechten als Regel aufrecht erhalten worden, bis man neuerdings nicht nur für manche besondere Kategorieen von Prozessen die Zahl der Instanzen vermindert, sondern auch nicht selten allgemeinhin auf eine Reduktion der Instanzen[5]) Bedacht genommen hat. Die Gerichtsorganisation begreift zur Zeit meistens:

A. Untergerichte, als die regelmäßig zuerst anzurufenden Stellen, mitunter freilich nach Kategorieen getheilt (§ 38, 19).

B. Mittelgerichte — Appellations-, Ober-, Hof-, Kammergerichte genannt —, regelmäßig die zweite Instanz bildend;

C. oberste Gerichte[6]), Oberappellationsgericht, Obertribunal, als dritte und letzte Instanz.

---

punkte aus, als einen der empfindlichsten Mängel bezeichnet. Ueber die Entwicklung in Frankreich s. Schäffner II. S. 225 ffl.

2) Z. B. für geringfügige, Bagatellsachen u. s. w. Daß in den höheren Instanzen die Sondergerichtsbarkeit mit der ordentlichen zusammenlaufen kann; s. § 42, 1.

3) R.K.G.O. von 1555 II, 1 § 2; II, 26 § 1; D. A. von 1600 § 15; B. A. Art. 12. Vgl. § 20, I.

4) Daß das Postulat dreier Instanzen, Gönner III. Nr. 55, direkt weder auf das R., noch auf das Kan. R. zurückgeführt werden kann, s. Wetzell § 54, 27; Renaud Not. 3 ffl. Ebenso wenig auf Reichsgesetze; und selbst das ist zweifelhaft, ob B. A. Art. 12 drei Instanzen anbefahl und namentlich den Privaten darauf ein Recht gab. Wetzell Not. 25. Renaud Not. 8. — Vgl. Zachariä, d. St.St. § 171, 11.

5) Darauf läuft die Beschränkung der devolutiven Rechtsmittel hinaus, wovon unten.

6) Die bis dahin (1866) bestandenen sind aufgezählt bei Zachariä a. a. O. Not. 10.

§ 44.

b. Verschiebung desselben.

Die Anordnung der Instanzen ist nach dem Wesen der heutigen Gerichtsverfassung an sich eine feste und für Alle gleiche. Demnach gehören alle Sachen zunächst vor das Untergericht, als erste Instanz [1]). Allein in manchen Fällen tritt eine Verschiebung ein, vermöge deren ausnahmsweise ein höheres Gericht die erste Instanz bildet. Hieher gehört [2]), daß

I. bevorzugte Stände oder Güter nur vor den oberen oder Mittel-Gerichten (§ 43, III. B.) in erster Instanz Recht nehmen. Vermöge eines solchen, wie man sagt, befreiten oder privilegirten Gerichtsstandes [3]) bleiben nur zwei Instanzenstufen. Dies gilt

A. von manchen Klassen von Personen, nämlich

1. von den Schriftsässigen. Der Stand derselben bildete sich ursprünglich aus den Resten der Schöffenbarfreien, welche, den Centgerichten entzogen, unter dem Land- (oder Grafen-) Gericht standen, und dem niederen Adel, bezw. den Ministerialen. Beide fanden ihr Recht vor den höheren Hof- und Landesgerichten [4]). Indessen hat sich in der Folge der Begriff eines bevorzugten Standes sehr erweitert. Man rechnete allmählig dazu nicht blos den niederen (nicht reichsunmittelbaren) Adel, sondern auch unadlige Rittergutsbesitzer [5]), städtische Korporationen und deren Vorsteher (Patrizier), Doktoren der Rechte, Literaten, Staatsdiener aller Art, einschließlich der Offiziere, selbst blose Titulirte. Im Einzelnen ist sehr viel Unsicherheit [6]). Obwohl von Haus dieser

---

1) Dafür bedarf es kaum der Hinweisung auf Nov. 17 c. 3; Nov. 86 c. 1; Wetzell § 38 Not. 2.

2) Martin § 49; Linde § 97; Heffter § 51. 159; Schmid § 52; Bayer § 72; Osterloh § 78; Wetzell § 37 Not. 3 ffl. § 38 I. A; Renaud § 30 z. A.

3) Offenbar „Gerichtsstand" in einem ganz andern Sinn, als unten in der Lehre von der Kompetenz.

4) Wetzell § 37 Not. 3 ffl. — Man beruft sich gern auch auf röm. Stellen, aus denen eine Bevorzugung der senatores u. clarissimi erhellt; s. tit. Cod. 3, 24 26; L. 3 Cod. de praepos. sacri cub. 12, 5 u. dgl.

5) Es gibt also auch Güter, welche schriftsässig machen, aber doch auch amtssässige Rittergüter. Wetzell Not. 5.

6) Ein Verzeichniß s. u. A. bei Glück, Komm. Bd. 6 S. 422.

Gesichtspunkt nicht zutreffend ist, erscheint die Verweisung der Schriftsässigen[7]) an ein höheres Gericht nach der jetzigen Justizeinrichtung als besonderes Privileg. Ebendeshalb wird dasselbe, als dem Prinzip der Rechtsgleichheit widerstreitend, in den moderen Prozeßgesetzen meistentheils beseitigt[8]).

3. Die mediatisirten Reichsstände und deren Familien haben nach Art. 14 der Bundesakte einen privilegirten Gerichtsstand vor den höheren Gerichten zum Ersatz der verloren gegangenen Reichsgerichte. Ebenso die Mitglieder[9]) der regierenden Häuser[10]).

3. Der Staatsanwalt als Vertreter des Staates oder des Landesherrn[11]) hat in der Regel dasselbe Privileg.

B. Hierher gehört ferner, daß in ähnlicher Weise mitunter gewisse Güter ein Privileg genießen, vermöge dessen alle sie betreffende dingliche Klagen vor die Mittelinstanz gehören[12]). So die früher reichsständigen Besitzungen der Mediatisirten in der Hand des hohen Adels[13]), partikularrechtlich auch Ritter und andere schriftsässige Güter[14]). Doch ist auch dieses Privileg neuerdings häufig beseitigt worden.

Die Folge eines solchen, selbstverständlich dem Verzichte unterliegenden[15]) Vorrechts ist lediglich Verschiebung der Gerichtsbarkeit um eine Instanz. Die Grundsätze über die Art der Gerichte, vor welche die betreffende Sache gehört[16]), und vollends die Grundsätze von der

---

7) Ueber den Namen s. Wetzell Not. 14. Was die Theilnahme der Ehefrauen u. s. w. an diesem Rechte betrifft, gilt das in § 41, 14 Gesagte.

8) Der sogenannten Gleichheit vor dem Gesetze zu Liebe, sagt Wetzell § 37 nach Not. 14.

9) Auch die nicht ebenbürtigen? Mitunter ist es landesgesetzlich so gemeint.

10) Bayer § 72, II. 1; Wetzell § 37 Not. 12; Zachariä, d. St.R. I. § 94. 96.

11) Soweit dieser verklagbar ist; s. § 53, II.

12) Dadurch entsteht also ein forum privilegiatum rei sitae; vgl. § 60 IV.

13) B. A. Art. 14.

14) Wetzell § 42, 2; Renaud § 34.

15) Soweit liegt der Unterschied von den in § 40 berührten Verhältnissen; s. § 41, 6. 7. — Renaud § 34, 3.

16) Wenn es möglich ist, daß ein Mediatisirter aus einer Handelssache verklagt würde, so würde er eben nur ein höheres Handelsgericht fordern können, sofern nicht die Landesgesetzgebung die Mediatisirten der Handels-

Kompetenz behufs Auswahl des zuständigen höheren Gerichts werden dadurch nicht alterirt. Da es sich nur um das Privileg handelt, vor dem höheren Gericht verklagt zu werden, und da es ein Recht des Verklagten ist, sich der Widerklage zu bedienen (§ 175), so ist unbedenklich auch die Widerklage gegen einen nicht privilegirten Kläger vor dem höheren Gericht gewährt, während umgekehrt der Widerbeklagte die Widerklage nicht ablehnen kann, weil er (als Verklagter) einen befreiten Gerichtsstand haben würde[17]). Und in ähnlicher Weise ist es möglich, daß um des Zusammenhangs (Konnexität) willen auch sonst das Privileg sich ausdehnt, oder hinwegfällt. Das sog. forum privilegiatum ist also keineswegs absolut ausschließlich. Dagegen bezieht sich das Privileg, indem man, was freilich nicht nothwendig ist, die § 57, IV. zu erwähnende Regel[18]) anwendet, nicht auf den Fall, daß ein Privilegirter klagt[19]).

II. Außerdem wird nach gemeinem Rechte behauptet, daß aus besonderen Gründen manche Sachen sofort[20]) durch Devolution oder Avokation vor das höhere Gericht gehören. Die Meisten[21]) handeln davon als von einem „außerordentlichen Gerichtsstand", forum extraordinarium, forum rei avocatae, während darin doch nur eine Abweichung von der Instanzenordnung liegen würde.

Dafür findet sich im R.R. insofern eine Präcedenz, als dort jede Sache auf Antrag des Klägers, durch die sog. supplicatio, libellus

---

gerichtsbarkeit ganz entzieht. In der Militär- oder geistlichen Gerichtsbarkeit wird überhaupt das Privileg schwerlich respektirt.

17) Vgl. § 41 N. 3 u. § 68 II. A. Wetzell S. 457; Renaud § 39, 13.

18) Actor sequitur forum rei; Wetzell § 39 Not. 38; denn in diesem Satz hat „forum" eigentlich nur die § 57 ffl. darzustellende Bedeutung.

19) So daß der Privilegirte doch qua Kläger und Widerverklagter unter das Untergericht fällt.

20) also ohne zuvor in erster Instanz bei dem niederen Gericht verhandelt zu sein.

21) Martin § 57; Linde § 99; Heffter § 160; Schmid § 54; Bayer § 74 ffl.; Osterloh § 82; Wetzell § 38 I. A 2; Renaud § 31. 32. 35.

principi datus, preces[22]), oder auch durch consultatio ante sententiam[23]) unmittelbar an den Kaiser gebracht werden konnte. Dieses Recht blieb Wittwen, Waisen und sonstigen personae miserabiles selbst dann noch eröffnet, nachdem im Uebrigen jene Befugniß[24]) abgeschafft worden war. Das C. R. hielt nicht nur dieses Privileg fest[25]), sondern erkannte, wie auch der deutsche Prozeß, den patrimonialen Ideen entsprechend, allgemeinhin ein Recht der Avokation in der Art an, daß der Jurisdiktionsinhaber jedenfalls die Sache unmittelbar an sich ziehen konnte. Durch das privilegium de non evocando fiel für den Kaiser und das Reich den Landesgerichten gegenüber dieses Recht hinweg (§ 19, 24). Innerhalb der Territorialjurisdiktion dauerte dagegen die Möglichkeit der Avokation an sich fort. Allein auch da konnte von einem willkührlichen Ansichziehen einzelner Sachen von Seiten des Souverains nicht mehr die Rede sein, seit sich der Begriff der Staatsgerichtsbarkeit und ihrer Unabhängigkeit fester gestaltete. Man spricht daher höchstens noch

A. von dem Privileg der Wittwen, Waisen, Kranken, Schwachen und wen man sonst unter den personae miserabiles begreift. Nach der Annahme Mancher soll der Landesherr die Prozesse solcher Personen vor die höheren Gerichte nehmen[26]), oder durch Ertheilung einer Kommission (§ 50) erledigen können. Indessen widerspricht dies Privileg, praktisch schon vordem ziemlich bedeutungslos, so sehr der festen Organisation des Staatsgerichtswesens, daß es vielfach geradezu aufgehoben worden[27]) ist.

B. Es soll ferner nach der gewöhnlichen Lehre alsdann eine

---

22) S. über diesen sog. Reskriptsprozeß Puchta, Kurs. II. § 178; Rudorff, R.G. II. § 62; Bethmann-Hollweg III. S. 350.

23) Bethmann-Hollweg III. S. 295; sowenig mit dem Rechtsmittel der consult. post sent. zu verwechseln, wie supplicatio mit dem Rechtsmittel der Supplikation; das. § 161.

24) Durch Nov. 86 c. 3; Wetzell Not. 3.

25) dem das als Grund zur Erweiterung der geistlichen Jurisdiktion sehr zu Statten kam; s. § 21, 7. — S. c. 26 X. de V. S. 5, 40; c. 11. 15 X. de for. comp. 2, 2.

26) Wetzell Not. 5 ffl.

27) Wetzell a. a. O. Martin, Vorl. I. S. 357. S. jedoch über das Schwanken der Theorie und Gesetzgebung Renaud § 32 a. E.

Devolution der Sache an das höhere Gericht stattfinden, wenn das zuständige Untergericht nicht im Stande ist, die Justiz zu verwalten[28]). So wenn

1. der einzige, oder so viele Richter des Untergerichts inhabil erscheinen oder rekusirt werden, daß keine genügende Besetzung mehr vorhanden bleibt (§ 30, 37; § 31, III.);

2. wenn das Untergericht beharrlich die Justiz verweigert (§ 33, 10);

3. wenn eine Konkurrenz, also ein Zweifel an der Zuständigkeit zwischen mehreren Gerichten obwaltet, der erst gehoben werden muß;

4 wenn, wie zulässig[29]), mehrere Personen oder Sachen verfolgt werden, die in verschiedenen Bezirken ihre Zuständigkeit haben[30]). Um in einem solchen Falle die Einheit des Prozesses zu wahren, nahm man an, daß das sämmtliche Personen oder Sachen mit seiner Kompetenz umfassende höhere Gericht zu judiziren habe[31]).

Allein in allen den unter 1—4 berührten Nothfällen, sowie wo es sich sonst um Verhinderung des Untergerichts, auch nur aus Zweckmäßigkeitsgründen handelt, wird jetzt so verfahren, daß das höhere Gericht, anstatt die Sache selbst an sich zu ziehen, Kommission auf ein geeignetes Untergericht ertheilt[32]). Diese Kommissionserthei-

---

28) Also aus Noth. Martin § 59; Bayer § 76 a. E. Wetzell § 38 Not. 9 ffl.

29) S. § 73 u. § 167; Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 333 ffl.

30) Man nennt das continentia causarum ex identitate fundamenti personali s. reali. Martin § 58, I; Schmid § 55; Osterloh § 82; Bayer § 75; Wetzell § 38 Not. 14; Renaud § 31. 35.

31) Im R.R. steht das sicher nicht, s. Osterloh a. a. O., Schmid, Bayer a. a. O.; allein der R.A von 1570 § 77, R. D. A. von 1600 § 23. 24 erkannten dies, wenn auch aus Mißverständniß der L. 10 Cod. de jud. 3, 1 für den Fall, wo mehrere Verklagte belangt werden (id. personalis), an. Zweifel blieben der Theorie nur wegen Verfolgung mehrerer Sachen (id. realis), da die R. Ges. die verheißene Entscheidung dieser Frage nicht ertheilten. Martin, Vorl. I. S. 358. Indessen war nicht abzusehen, warum in letzterem Falle nicht nach dem nämlichen Grundsatz zu verfahren wäre. S. Planck a. a. O.

32) Z. B. Braunschw. P.=O. § 39; Oldb. P.=O. Art. 29. 30. Andere P.=O. geben in solchem Fall dem Kläger die Wahl, oder weisen dem Ge=

lung ist nicht als eine Uebertragung der eigentlich an das höhere Gericht devolvirten Sache auf das die Stelle des letztern vertretende Untergericht zu betrachten[33]), sondern lediglich als die administrative Maßregel der Bezeichnung eines bestimmten anderen Gerichts zum Ersatz des verhinderten, oder die Auswahl unter mehreren gleichberechtigten. Es ist eine ausnahmsweise Erstreckung oder Veränderung der Kompetenz, eine Justizadministrativmaßregel, zu welcher die nächstvorgesetzte Gerichtsbehörde befugt erscheint, während sie nicht befugt ist, durch Devolution der Sache den Parteien[34]) die öffentliche Instanzeneinrichtung zu modifiziren und zu kürzen.

4. Die Gerichte neben einander.

§ 45.

a. Ausschließlichkeit der Gerichtsgewalt.

Soweit die bestehenden Gerichte einander nicht untergeordnet sind, existiren sie, vorbehaltlich ihres Ranges, unabhängig neben einander. Dies gilt sowohl von den Gerichten verschiedener Staaten, als auch von allen nicht subordinirten, verschiedenartigen[1]) oder gleichartigen, Gerichten desselben Staates.

Um Kollisionen zu vermeiden, wird jedem Gericht ein bestimmter Bezirk oder Sprengel zugewiesen[2]). In Uebereinstimmung mit

---

richt die Kompetenz zu, unter dem die meisten Verklagten wohnen, oder die Mehrheit der Sachen liegt. Renaud § 31, 11. § 35, 7.

33) Daß eine Kommission in diesem Sinne zu einzelnen Handlungen, aber auch für die ganze Sache schon nach dem früheren Gesichtspunkt vorkam, s. Wetzell Not. 15.

34) Wenn so, oder wie in Not. 32 bemerkt, die Sache angesehen wird, so hat der sog. „außerordentliche Gerichtsstand" der continentia causarum sein völliges Ende erreicht. — Daß bei der schwankenden Praxis die Theorie die gemeinrechtl. Existenz eben so gut leugnen, wie behaupten konnte, — s. Renaud a. a. O. — ist klar. Vgl. auch oben § 24, 8.

1) Die Sondergerichte sind aber den ordentlichen nicht unterworfen, sondern koordinirt, weil die Sondergerichtsbarkeit ihren getrennten Haushalt hat. S. § 42.

2) Daß das auch schon im klass. R.R. der Fall war, s. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II. § 72. L. 1 de off. proc. 1, 16; L. 1 § 4; L. 3 de off. praef. urb. 1, 12. Ebenso im Can. R. c. 6 X. sqq. de off. jud. 1, 31; c. 2 C. 9 qu. 8; Clem. un. de for. comp. 2, 2. Sehr scharf ausgesprochen z. B. bei Stracch. de assecur. gl. 35 nr. 10. Damit ist aber, wie wohl zu unterscheiden, noch Nichts über die Natur der subj. Kompetenz festgestellt; s. § 57.

dem territorialen Prinzip des Staatsrechts theilt der Staat für die ordentliche Gerichtsbarkeit sein gesammtes Gebiet in bestimmte territorial abgegrenzte Gerichtsbezirke [3]). Ebenso wird zum Theil auch den Sondergerichten ein territorialer Bezirk zugetheilt [4]); während allerdings bei einem Theil der letzteren der Umfang ihrer Gewalt sich nicht nach territorialen Grenzen, sondern [5]), wenn auch ein lokaler Sitz angewiesen wird, nach andern persönlichen oder sachlichen Momenten fixirt ist.

Das hiernach einem Gericht zukommende Gerichtsbarkeitsrecht, die Kompetenz im objektiven Sinn, umfaßt als ordentliches innerhalb der territorialen Grenze alle Sachen und Personen, welche dem Bezirke angehören [6]); als besonderes diejenigen Sachen oder Personen, welche je nach dem Karakter der Sondergerichtsbarkeit überwiesen sind.

Durch den Umfang der Gerichtsgewalt über Personen oder Sachen auf Seiten des Gerichts wird die Gerichtsunterthänigkeit oder Dingpflicht auf der anderen Seite begründet [7]).

Innerhalb seiner objektiven Kompetenz, die also regelmäßig eine territoriale ist, hat das Gericht ausschließliche [8]) Befugniß, Handlungen der Gerichtsbarkeit vorzunehmen. Kein Gericht hat darüber hinaus Gewalt, keines muß oder darf den Eingriff eines andern Gerichtes in den ihm ertheilten Umfang der Gerichtsbarkeit dulden [9]). Ebendeshalb bedarf es unter gleichartigen Gerichten

---

3) Und zwar vollständig, so daß das ganze Staatsgebiet von dem Systeme der ordentlichen Gerichte, in welche vielleicht einige Patrimonialgerichte einrangiren (s. § 22, II.), bedeckt wird. Dasselbe zerfällt z. B. in 60 Untergerichts-, 4 Obergerichtsbezirke und ist in toto der Ob.-App.-Gerichtsbezirk. — Wetzell § 37 z. A.; Renaud § 23, 1.

4) So z. B. den Handelsgerichten für diesen oder jenen Bezirk, s. § 42, 9.

5) z. B. Regiments-, akademisches Gericht.

6) Wenn auch nur vorübergehend angehören; denn das Gericht hat über sie die Arrestgewalt, s. § 63 z. A.

7) Die zugleich die Grundlage der Kompetenz im subjektiven Sinne wird, wenn der Aufenthalt der Person oder Sache im Bezirke, der entweder ein blos passanter, zufälliger, oder ein definitiver sein kann, eine gewisse Qualifikation hat.

8) Wetzell § 38 II. Not. 21.

9) Daß das früher nicht so war, s. den Bericht bei **Marant.** Spec.

bestimmter Merkmale, nach denen sich feststellt, welches im einzelnen Falle die Rechtspflege auszuüben hat[10]).

Ein Eingriff in die ausschließliche objektive Kompetenz, oder ein Uebergriff des Gerichts über seine Kompetenz hinaus kann schon im administrativen oder disziplinaren Wege gerügt und beseitigt werden[11]). Außerdem aber erklärt das Recht die Gerichtshandlungen, welche außerhalb des Bezirks oder über die objektive Kompetenz hinaus vorgenommuen werden, geradezu für nichtig[12]). Daß der in diesem Sinne inkompetent ausgeübten Jurisdiktion keine Folge geleistet zu werden braucht, steht fest[13]). Gegen die Unterstellung einer blos heilbaren Nichtigkeit[14]) spricht entschieden, daß vom Standpunkt der heutigen territorialen Organisation aus das Gericht nicht als Gericht, mithin absolut nichtig gehandelt hat, wenn es über seinen Bezirk hinaus griff; wie denn auch kein Zweifel, daß trotz der Einwilligung der Parteien schon der auswärtige Richter seinerseits den Eingriff in seine Gerichtsgewalt abzuwehren berechtigt oder verpflichtet sein würde.

---

aur. VI. de citat. nr. 40 und Durant. II, 1 de comp. jud. adit. § 1 nr. 5 Im Gegentheil mußte in dem feudal-patrimonialen Gerichtswesen an sich die Vorstellung herrschen, daß der Richter die Gewalt über seinen subditus behält, wo immer er sich befindet. Welche Vereinfachung das territoriale Prinzip darbietet, ist klar.

10) Das ist die Lehre vom Gerichtsstand, wovon wegen ihrer Ausführlichkeit unten in einem eigenen Abschnitt. Durch eine feste gesetzliche Anordnung wird die willkührliche und kollibirende Ergreifung der Zuständigkeit, die sonst eintreten würde, ausgeschlossen (§ 57, II.).

11) L. 3 de off. praes. 1, 18. — Die Einhaltung der obj. Zuständigkeit ist entschieden Sache der öff. Ordnung.

12) S. § 243, 2; L. 20 de jurisd. 2, 1; c. 4 X. de jud. 2, 1 u. a. Stellen. Wetzell § 38 Not. 21. Davon soll es eine Ausnahme sein, daß bennoch die Insinuation eines fremden Gerichtsdieners außerhalb des Bezirks seines Gerichts für gültig angesehen wird, wenn der Adressat (der an sich die Annahme verweigern kann) die Behändigung annimmt. So hat allerdings von früh her die Doktrin angenommen; s. Wetzell Not. 22. Allein der Grund ist schwerlich, daß es sich hier nur um ein Zeugniß oder den Beweis der Insinuation handelt, sondern, daß die Insinuation kaum als eine eigentliche Jurisdiktonshandlung gelten kann.

13) Bayer § 88 a. E. L. 20 cit. 2, 1; L. 53 § 3 de re jud. 42, 1.

14) Wetzell § 38, 21 §. 66, 11 wegen Clem. un. de for. comp. 2, 2. Soweit nicht der Gesichtspunkt einer zuläßigen Prorogation nachhilft.

§ 46.

b. Gegenseitige Rechtshülfe.

Martin § 66; Linde § 180; Heffter § 67; Schmid § 92; Bayer § 88; Osterloh § 73; Wetzell § 38 Not. 24 ffl.; Renaud § 18.

Mit der in dem vorigen § dargestellten Ausschließlichkeit der Gerichtsgewalt muß sich, da die Ausübung der Rechtspflege oft Handlungen erheischt, welche in einem fremden Gerichtsbezirk vorzunehmen sind, der andere Grundsatz verbinden, daß die Gerichte zu gegenseitiger Rechtshülfe verpflichtet sind.

Die Einheit des Gerechtigkeitszwecks verlangt dies zunächst von den Gerichten desselben Jurisdiktionsinhabers [1]). Es steht mithin fest, daß sich die Gerichte desselben Staates, wenn auch verschiedener Gattung, durchweg solche Rechtswillfährigkeit schulden [2]). Das immer dringendere Bedürfniß gleicher Solidarität im Verhältniß verschiedener Staaten zu einander wird in der Regel nur

---

1) In diesem Sinne ist die Rechtshülfe schon im R.R. bezeugt, bes. für Strafsachen, s. L. 7 de custod. 48, 3; L. 1 § 1. 2 de requir. 48, 17; Nov. 17 c. 14; Nov. 134 c. 5; aber auch für Civilsachen, s. L. 15 § 1 de re jud. 42, 1; L. 13 § 3 Cod. de jud. 3, 1. Ebenso im C.R. für die geistlichen Gerichte: c. 1 § 3 VI. de for. comp. 2, 2; Clem. 1 eod. tit. 2, 2 und nach den älteren deutschen Rechtsquellen: Cap. II. 803 c. 10; Cap. 867 c. 8; Const. Frid. 1223; Kaiserr. I. c. 4 u. a. Nicht minder erkannte die ital. u. deutsche Doktrin denselben Grundsatz an, s. Wetzell Not. 26—28. 31. Allein thatsächlich war in der feudal-patrimonialen Zeit, wo die Gerichtsbarkeit als nutzbares Eigenrecht betrachtet wurde und die Idee der Solidarität fehlte, die Rechtshülfe kaum vorhanden. S. daher Durant. II, 1 de comp. jud. ad. § 1 n. 5 und Bald. addit. ad h. tit.; Scacc. de judic. P. I. c. 33. Durch die Idee der Staatsgerichtsbarkeit wird erst der Gedanke einer wirklichen Solidarität der Gerichte hervorgerufen. Aus diesem Grunde ist mit der älteren Literatur, unter der sich Carpzov. proc. jur. VII, 3 auszeichnet, nicht viel mehr anzufangen (s. Wetzell Not. 28 ffl.).

2) Renaud Not. 2; Hann. P.-O. § 29; D. E. § 47 ffl. Darin liegt eben ein unendlicher Fortschritt im Vergleich zu den früheren Verhältnissen, welche der Solidarität, wenn sie auch theoretisch noch so warm empfohlen wurde (s. z. B. über die Rechtshülfe zwischen geistlichen und weltlichen Gerichten, Gaill. obs. I, 115), thatsächlich feindlich waren. Die Hauptfrage betraf das Verhältniß des requirirten judex ordinarius zu dem requirirenden delegatus.

mangelhaft durch einzelne Staatsverträge gedeckt, während [3]), wo solche nicht bestehen, eine Verbindlichkeit der Rechtshülfe geradezu geleugnet wird [4]).

Letzteres gilt denn auch für die souveränen deutschen Länder unter einander, die sich als fremde Staaten gegenüberstehen [5]), mithin, abgesehen von Staatsverträgen [6]), nur aus gutem Willen einander Rechtshülfe gewähren [7]).

Ueber das Verfahren ist Folgendes zu bemerken:

I. Das Gericht, welches von einem nicht untergeordneten [8]) andern Gericht eine Handlung vorgenommen wissen will, hat das letztere darum durch Requisition, literae requisitoriales s. mutui

---

3) trotz der auch von Wetzell Not. 30 angedeuteten Solidarität der Interessen aller civilisirten oder Rechtsstaaten. S. auch v. Bar, das internat. Privat- u. Strafrecht, S. 457.

4) Renaud Not. 13.

5) Es war seither nur frommer Wunsch, nicht Wahrheit, wenn Wetzell Not. 33 sagt, daß sie sich zufolge einer Nachwirkung der Reichsverfassung noch immer wie ein Staat behandeln. Wozu dann die Masse von Staatsverträgen in jeder Gesetzsammlung mit den deutschen Nachbarn? Man vgl. z. B. die Preuß. Motive zum Civ.Proz.E. S. 245. Das 1861 von der Handelsrechtskommission in Folge des Bundesbeschl. vom 12. März 1857 ausgearbeitete Gesetz, die Rechtshülfe in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten betr., welches Wetzell a. a. O. als geltendes Recht behandelt, ist nur schätzbares Material geblieben. S. über dessen staatsrechtl. Karakter (derselbe, wie bei dem Handelsgesetzbuch), wenn es Gesetz geworden wäre, Zöpfl, St.R. II S. 542. Jetzt wird das hoffentlich bald anders werden.

6) Daß die civilrechtliche Wirkung einer res judicata (§ 145) nach dem Gesetz des Ortes, wo sie ertheilt wurde, zu beurtheilen und überall zu respektiren, wie auch ein im Ausland abgeschlossener Vertrag respektirt wird, ist etwas ganz Anderes, s. Wetzell Not. 30, als die Möglichkeit der Vollstreckung im Wege der Exekution; vgl. Renaud Not. 20—22.

7) Ueber die Vollstreckung auswärt. Urtheile s. Hann. P.O. § 533. Umfassend suchte diesen Punkt der Not. 5 erwähnte Entw. (§ 3) zu ordnen; vgl. auch Preuß. E. § 972 ffl. — Der Grundgedanke war: Vollstreckbarkeit überall, wenn 1) die Kompetenz des erkennenden Gerichts feststeht (daher er denn sehr umfassende Bestimmungen über die Kompetenz hat) und 2) die rite geschehene Einleitung des Prozesses (Vorladung) nachgewiesen ist.

8) Denn wenn ein Gericht von dem ihm untergebenen Gericht Etwas gethan wissen will, so requirirt es nicht, sondern gibt einen Befehl, oder eine Kommission; s. § 50. 51. So auch behufs der Exekution; cf. Gaill. obs. I, 113. Renaud Not. 11.

compassus zu ersuchen. Die Form des Schreibens ist verschieden, je nach dem Rangverhältniß des requirirenden und requirirten Gerichts [9]). Neuere Gesetze lassen oft die Ausführung der Requisition durch die Staatsanwaltschaft vermitteln (§ 39).

Bei Requisitionen ausländischer (außerdeutscher) Gerichte muß regelmäßig der sog. diplomatische Weg, d. h. die Vermittlung durch die Gesandtschaften und Ministerien, beschritten werden [10]).

Die Requisition stützt sich entweder auf die nach Gesetz oder Staatsvertrag vorliegende Verpflichtung des requirirten Gerichts, oder, sofern eine solche nicht vorhanden, auf das Anerbieten gleicher Gegendienste (sub oblatione reciproci) [11]).

Ob die Requisition zu erlassen sei, ist eine ganz getrennte, möglicherweise den Gegenstand eines Streites unter den Parteien bildende Frage, wie denn auch zweifellos das die Requisition aussprechende Dekret mit einer prozessualischen Beschwerde angefochten werden kann [12]).

II. Demgemäß hat der requirirte Richter zu befinden, ob er auf die Requisition überhaupt nach dem bestehenden Rechtshülfeverhältniß eingehen darf oder muß. Unberechtigte Ablehnung veranlaßt gegen ein einheimisches Gericht Disziplinarbeschwerde des requirirenden Gerichts [13]) an die vorgesetzte Stelle und allenfalls Abhülfe durch Zwangsmaßregeln [14]), gegen ein ausländisches Gericht diplomatische Beschwerde und allenfalls Retorsion [15]).

---

9) Darnach Form des Reskripts, Berichts, einfachen Schreibens u. s. w., Requisitionen der Landesgerichte um geringe Handlungen, wie Insinuationen, oft ganz formlos, z. B. durch Zusendung der Zettel.

10) D. E. § 49; Preuß. E. § 181 ffl. — Sehr bedeutend ändert sich das Requisitionswesen durch das System der Gerichtsvollstrecker (s. § 37). Alsdann hat sich wenigstens im Inlande die Partei selbst mit ihrer vollstreckbaren Urkunde oder Verfügung einfach an den betreffenden Huissier zu wenden.

11) Unter inländischen Gerichten (Not. 1) hat daher diese Floskel sicher keinen Werth. Renaud Not. 15. Wetzell Not. 31.

12) Wetzell Not. 50. 51. Seuffert IV, 147.

13) Denn dieses ist der Requirent, nicht die Partei, welche die Requisition erwirkt hat und betreibt. —

14) Osterloh Not. 6. Wetzell Not. 28. 49. Renaud Not. 7.

15) Für Beschwerden gegen Gerichte eines andern deutschen Staates

III. Jedenfalls steht aber ferner dem requirirten Gericht eine Prüfung der konkreten Requisition zu. Denn kein Gericht muß oder darf rechtswidrige Requisitionen vollziehen. Wieweit indessen die Prüfung sich erstreckt, darüber ist die Theorie keineswegs einig [16]).

Am richtigsten nimmt man [17]) an, daß das requirirte Gericht zu untersuchen hat,

A. ob das requirirende Gericht rechtmäßig requirirt hat. Dahin gehört außer der aus Nr. I erhellenden Erwägung, ob überhaupt ein Rechtshülfeverhältniß begründet sei,

1. die Erörterung der Kompetenz des requirirenden Gerichts. Nur wenn dieses die Gerichtsbarkeit über derartige Rechtssachen hat und in der vorliegenden einzelnen Sache [18]) zuständig ist, kann es requiriren. Aus diesem Grunde wird oft geradezu Darlegung und Bescheinigung der Kompetenz in dem Schreiben, oder doch auf besonderes Anfordern erheischt [19]).

2. Die Prüfung, ob die Requisition an das richtige Gericht erlassen sei, welche das requirirte Gericht nach den Bestimmungen seiner Kompetenz, innerhalb deren es allein Rechtshandlungen vollziehen darf, vorzunehmen hat [20]).

3. Aber auch die Beurtheilung der äußeren Legalität des Requisitionsgegenstandes, zunächst nach dem Rechte des requirirenden Gerichts. Dagegen kann ihm die Prüfung der inneren Rechtmäßigkeit der Requisition nicht zukommen [21]).

---

fehlt es an einer Instanz, wie sie früher in den Reichsgerichten existirte. Wetzell Not. 32.

16) Es ist ein Vortheil des in Not. 10 berührten Systems, daß es diese Zweifel hebt. Der Gerichtsvollstrecker hat sicher nur die Form (Vollstreckbarkeit) der Verfügung zu prüfen.

17) mit Wetzell Not. 35 ffl. Renaud Not. 8. — Vgl. auch D. E. § 45 und in Anwendung auf die Requisition um Beweisaufnahme § 287; Bair. E. Art. 293.

18) wobei freilich die Möglichkeit einer Prorogation mitberücksichtigt werden muß. Wetzell Not. 39 a. b.

19) Wetzell Not. 40. Auch nach den Staatsverträgen. Bei inländischen Requisitionen fällt das freilich hinweg; denn da muß der requirirte Richter die Kompetenz beurtheilen können.

20) Wetzell Nr. 2; Renaud Not. 4—6.

21) So lautet auch bei Wetzell im Ganzen die Unterscheidung, und man wird kaum anders sagen können. Allein, was zu der äußeren, der

4. Ferner die Prüfung, ob es die betreffende Handlung nach seinem Gesetz und Recht, nach dem es allein thätig werden darf, vorzunehmen vermag [22]). So wie denn auch, wo diese Frage zu bejahen ist, die Ausführung des betreffenden Aktes lediglich nach dem für das requirirte Gericht bestehenden Prozeßgesetz erfolgen kann [23]). Welchen Werth ein solcher Akt da, wo er in einer von dem Gesetze des requirirenden Prozeßgerichts abweichenden Form vorgenommen wird, für die Leitung und Entscheidung des Prozesses besitzt, hat das letztere zu beurtheilen [24]).

Im Ganzen hat also das requirirte Gericht das Recht, zu prüfen, ob ihm die Requisition überhaupt vollstreckbar erscheint.

B. Liegt kein Bedenken vor, so wird der Requisition unmittelbar, oder allenfalls nach zuvor eingeholter höherer Ermächtigung entsprochen. Die Requisition ist nicht in dem Sinne Kommission, daß nun das requirirte Gericht Stellvertreter des requirirenden wäre [25]). Aber das requirirte Gericht, da es blos dem Bedürfniß

Prüfung unterliegenden, und was zu der innern, nicht zu prüfenden Legalität gehört, läßt sich nimmermehr abstrakt definiren. Eine vom Standpunkt des requirirenden Richters nichtige Verfügung darf, wenn er die Nichtigkeit kennt, der requirirte nicht vollziehen, er würde sich sonst zum Mitschuldigen machen. Aber welche Nichtigkeiten muß er kennen? Wie weit ist er befugt oder verpflichtet, denselben nachzuforschen? Das ist Alles unsicher. Wetzell Not. 45 erkennt an, daß die unheilbare Nichtigkeit geprüft werden muß; allein siehe darüber § 243; und wenn er dies durch den Hinweis (auf Not. 47) rechtfertigt, daß nur rechtsbeständige Verfügungen exigibel seien, so ist der Cirkel fertig.

Daß er dagegen z. B. bei Requisitionen um Behändigungen von Klagen und Anträgen nicht die Begründung der letzteren, bei Requisition um Exekution einer Sentenz nur die Rechtskraft (Exigibilität), die oft ausdrücklich bescheinigt werden muß, nicht die materielle Richtigkeit des Inhalts zu prüfen hat, erhellt von selbst. (S. auch § 254. 255.) Wetzell Not. 44. 45. Denn sonst stellte er sich als höhere Instanz auf.

22) So kann das Gericht nicht die Requisition um ein Zeugenverhör, eine Beeidigung u. dgl. vollziehen, wenn dies in einer Form geschehen soll, die ihm nicht zugänglich. Wetzell Not. 42. Vgl. Hann. P.O. § 231 und Seuffert XIII, 66. 180; XV, 159.

23) S. § 12. — Hann. P.O. § 231; D. E. § 45 Abs. 3.

24) S. z. B. § 190, 19.

25) Ein Gesichtspunkt, der wesentlich zu den früheren Unklarheiten beigetragen hat. Gesterding, Ausb. II S. 311.

des requirirenden dient, wird nur im Umfang der Requisition thätig. In der Regel muß darin mitbegriffen erscheinen, daß das requirirte Gericht zur Vollziehung der Requisition, wo nöthig, weiter requiriren darf. Ueber die Vollziehung ist dem Requirenten durch Protokoll oder sonstige Mittheilung Nachricht zu geben.

Vor dem requirirenden Gericht kann sich durch Einwendungen dessen, welcher demselben Folge leisten soll, ein eigener Streit um die Vollziehung entspinnen [26]). Zunächst durch Einwendungen gegen den Erlaß der Requisition [27]). Alsdann kann es sich, da das requirirte Gericht die materielle Rechtmäßigkeit nicht zu prüfen hat, nur darum handeln, die Requisition zur vorgängigen Erledigung der Zweifel an das requirirende Gericht zu remittiren. Dies geschieht, wenn nicht die Einwendungen so offenbar unbeachtlich erscheinen, daß das requirirte Gericht seinerseits sofort über solche hinweggehen zu können meint. In Bezug auf den Akt der Requisition selbst steht überhaupt das requirirte Gericht nur zu dem Requirenten in einem Verhältniß; und wenn auch dagegen Beanstandungen erhoben werden, so bleibt die Ablehnung oder Willfahrung der Vollziehung doch immer Offizialsache [28]).

Bei Einwendungen gegen die requirirte Handlung selbst [29]) fragt es sich, ob der requirirte Richter kompetent sei, über dieselben zu erkennen.

Was die Einrede der Nichtigkeit betrifft, so unterliegen nach dem Obigen blose Iniquitäten oder heilbare Nichtigkeiten der zu vollziehenden Verfügung nicht dessen Kognition; wohl aber unheilbare oder offenbare Nichtigkeiten [30]). Gleiches gilt auch

26) Der Erlaß der Requisition ist bei dem requirirenden Gericht anzufechten; s. Not. 12. Indessen, wenn die Requisition ohne vorgängiges Gehör erlassen worden ist, so kann es kommen, daß die sich verletzt glaubende Partei erst bei dem requirirten Gericht ihre Gründe gegen Form oder Inhalt der Requisition vorbringt.

27) S. auch Hannov. P.O. § 232; D. E. §. 46.

28) Dahin neigt die Praxis entschieden und spart damit viel Weitläufigkeit der Verhandlungsmaxime.

29) Also z. B. gegen die Exekution einer Sentenz, weil diese nichtig oder noch nicht rechtskräftig sei u. dgl.

30) So wegen C. 5 X. de sent. 2, 27; c. 28 X. § 3 de off. et pot. deleg. 1, 29. Gaill. I obs. 115 Nr. 4. 5. Linde, Handb. IV S. 211. Wetzell Not. 45. — Freilich kann man selbst hinsichtlich der unheilbaren

von den übrigen Einwendungen gegen die Vollziehung der in der Requisition enthaltenen Verfügungen [31]). Die Anfechtung der Dekretur oder ihrer Vollstreckbarkeit aus inneren Gründen gehört vor das dekretirende Gericht. Dagegen gebührt dem requirirten Richter die Kognition über alles dasjenige, was die Art und Weise der Vollziehung, welche seine eigene selbstständige Thätigkeit ist, betreffen mag [32]). Insoweit finden denn auch zweifellos gegen die Verfügungen des requirirten Gerichts Rechtsmittel an dessen vorgesetzte Instanzen statt [33]).

IV. Die Uebertragung der Gerichtsbarkeit an die Gerichte.

§ 47.

A. Wesen derselben.

Die Ausübung der Gerichtsbarkeit geschieht durch die Gerichte als Organe des Staates. Die verfassungsmäßig bestehenden Gerichte haben nach Maßgabe der gesetzlichen Justizorganisation das Recht und die Verbindlichkeit der Rechtspflege, ohne daß die Staatsgewalt ihre hiernach begründete Zuständigkeit willkührlich verändern oder irgend in die Handhabung der Justiz eingreifen darf (§ 23).

Will man nun die den Gerichten nach der gesetzlichen Ordnung zukommenden Befugnisse als von dem Staate übertragene [1])

Richtigkeit zweifeln, wenn sie erst in Form einer exceptio auftritt, und nicht als eine sofort (ex officio) offenbare erscheint, Renaud § 221, 8; vgl. § 244.

31) z. B. exc. litis pendentis, Interventionen gegen die Exekution u. dgl.

32) Linde a. a. O. Gesterding, Ausb. II S. 313 ffl. Wetzell a. a. O. Not. 45. — So bes. den modus executionis sententiarum betr. Renaud § 18, 8 und § 221, 7.

33) Seuffert IV, 147.

1) Osterloh § 64 Not. 2; Wetzell § 34. 35. Letzterer bezeichnet sogar in § 36 bei Not. 12 den Richter als Vertreter des Landesherrn, der

bezeichnen [2]), so darf man sie doch nicht für mandirte in dem Sinne auffassen, wie dies früher geschah. Durch ihre Unabhängigkeit stehen die heutigen Staatsgerichte zu dem obersten Jurisdiktionsinhaber in einem ganz anderen Verhältniß, als vordem die aus dem patrimonialen Recht an der Jurisdiktion hervorgegangenen Gerichte.

Da die Ausübung der Justiz absolute Pflicht des Staates ist, mithin weder die Verleihung der Gerichtsbarkeit, noch die Handhabung der Rechtspflege als etwas Willkührliches erscheint, so paßt der Begriff des Mandates, wenigstens nach seiner regelmäßigen Bedeutung, offenbar nicht mehr. Die Gerichtsbarkeit der einmal gesetzlich bestehenden Gerichte [3]) mag zwar theoretisch als eine aus dem Gesammtumfang der Staatsgewalt abgeleitete betrachtet werden [4]), in Wirklichkeit geht eine solche Ableitung nicht vor sich. Die Gerichte haben vielmehr in dem Sinne, kann man sagen, eigene Gerichtsbarkeit, als sie die nothwendigen Organe der unveräußerlichen Pflicht des Staates zur Gewährung des Rechtes darstellen. Das heißt: sie üben die Rechtspflege kraft innerer, mit dem Begriff des Staates gegebener Nothwendigkeit als organische Glieder des Staatswesens, nicht kraft mandatsmäßiger, d. h. beliebiger und widerruflicher Verleihung als abhängige Beauftragte eines zur Disposition über die Gerichtsbarkeit befugten Inhabers [5]).

---

ihm noch immer der persönliche Inhaber der Jurisdiktion (nach vollständig patrimonialem Zuschnitt) ist.

2) Der Name des „Mandats“ wäre an sich gleichgültig, wenn nicht daraus falsche Konsequenzen hergeleitet würden.

3) Gerade so, wie die Römer ihren Magistraten eine jurisd. propria zuschrieben. S. § 48, 22.

4) Daher Manche den Namen „abgeleitete Gerichtsbarkeit“ brauchen; Renaud § 23.

5) Daß die Justiz in monarchischen Staaten „im Namen des Königs oder Fürsten“ ausgeübt wird, worauf von Zachariä d. St.R. § 170 Not. 2 und § 175 Not. 5. Mohl, würt. St.R. I S. 180 großes Gewicht gelegt wird, will m. E. nichts Anderes besagen. Es ist nicht eine Formel der Unterordnung der Justizpflege, sondern nur die Hinweisung auf den Mittelpunkt oder die Spitze des Staates, der die Justiz erzeugt und trägt. Mit der emphatischsten Hinweisung auf die Quelle aller Gerichtsgewalt (Zachariä a. a. O.; Bluntschli, allg. St.R. II S. 102) kann

Uebrigens gilt dies nicht minder von den Patrimonial- oder geistlichen Gerichten, wie von den Staatsgerichten, insofern auch die ersteren jetzt auf die Quelle des Staats zurückgeführt und in gleiche Unabhängigkeit von der Kabinetsjustiz gestellt werden.

B. Insbesondere.

§ 48.

1. Delegation und Mandat.

Die Ertheilung der Befugniß zur Ausübung der Rechtspflege an die Gerichte beruht auf der Rechtsordnung des Staates. Sie setzt keinen weiteren Uebertragungsakt voraus, sondern ist für die ständigen Gerichte mit ihrer gesetzlichen Konstituirung unmittelbar gegeben. Nach dem Grundsatz der Ständigkeit des Gerichtswesens [1]) kann von einer anderen Verleihung der Gerichtsbarkeit als durch das Justizorganisationsgesetz, vermöge dessen das Gericht in den legalen Organismus des Justizwesens aufgenommen ist, nicht die Rede sein.

Indessen führt die Theorie als besondere Uebertragungsarten noch Delegation und Mandat an. Beide, obwohl vielfach in einander greifend [2]), sind dem Begriffe nach schärfer zu trennen, als bisher üblich.

1. Unter Delegation, welche eine jurisdictio delegata s. extraordinaria, im Gegensatz zu der jurisdictio ordinaria der nach der ständigen Justizverfassung bestehenden ordentlichen Gerichte erzeugt, kann nur diejenige Uebertragung der Gerichtsbarkeit verstanden werden, welche von dem Inhaber derselben, also jetzt von dem Staate, außerhalb der ständigen Gerichtseinrichtung für einzelne

doch nur ausgedrückt werden, daß die Gerichte von der Justizhoheit des Staates insofern ausgehen, als diese zu bestimmen hat, welche Gerichte bestehen sollen, kann dagegen an der vollen Unabhängigkeit der Gerichte, welche einmal bestehen, Nichts ändern.

1) bzw. der Ausschließung der Kabinetsjustiz; s. § 22.

2) Wie denn auch der Ausdruck delegare, delegatio ursprünglich im R.R. mit mandare häufig identifizirt wird. S. tit. Cod. 3, 4; Bethmann-Hollweg, Hdb. I S. 52.

Sachen oder einzelne Gattungen von Sachen besondern Richtern oder Gerichtsstellen verliehen wird. Die Delegation in diesem Sinne schafft unständige, Ausnahms- oder Spezialgerichte. Es liegt auf der Hand, daß die Stellung der Delegation innerhalb des heutigen Gerichtswesens eine ganz andere sein muß, als früher.

Das R. R. erwähnt eine delegatio jurisdictionis zunächst in der Bedeutung mandatsweiser Weiterübertragung der Jurisdiktion von Seiten der damit bekleideten Beamten (s. unten II).

Für die Verleihung der Gerichtsbarkeit kraft Spezialauftrags außerhalb der gewöhnlichen Gerichtsorganisation, obwohl sie noch keineswegs die heutige Festigkeit besaß, finden sich in der älteren Zeit keine Zeugnisse [3]). Dagegen galt in der Folge der Kaiser als Inhaber aller Jurisdiktionsgewalt durchaus für befugt, Spezialaufträge zur Verwaltung der Justiz nicht nur an bereits bestehende Gerichte über ihre eigentliche Kompetenz hinaus, sondern auch an eigens dazu geschaffene Kommissionen oder dazu besonders beauftragte Richter zu ertheilen [4]). Zu voller Wirkung

---

3) Neben den Magistraten, denen die Jurisdictio zukam, konnten später besondere Verleihungen der Jurisdiktionsgewalt nur durch lex vorkommen; sicher nicht durch Verwaltungsmaßregeln. — S. den Bericht des Pomponius in L. 2 § 16 sqq. de orig. jur. 1, 2. — Daß die datio judicis in dem ordo jud. nicht als Delegation der jurisdictio aufgefaßt werden kann, da der judex nur judiciaria potestas, nicht jurisdictio hat, ist zur Genüge hervorgehoben worden von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 47; Wetzell § 35 Not. 1; Puchta, Kurs. § 153. Daß die jud. extraordinaria nicht mit unständigen zu verwechseln s. Rudorff, R. R.Gesch. II § 2 S. 8. Ueber die willkührliche datio judicis der ältesten Zeit, die eine Hauptbeschwerde des Volkes bildete, s. Bethmann-Hollweg, Gesch. I S. 55.

4) Bethmann-Hollweg II S. 110; III § 137 und 145 S. 181. In der Despotie erschien die Ertheilung der Jurisdiktion als ein willkührlicher Akt des princeps als des alleinigen Inhabers derselben, der sich eben so gut, wie durch ständige Ernennung zu einem Richteramt, durch unständige Beauftragung vollzieht. Unzweifelhaft wirkte hierbei die Idee der alten judicis datio mit. Der Kaiser, der in sich die alte Magistratsgewalt konzentrirte, gibt, von Amtswegen, oder auf preces oblatae (tit. Cod 1, 19; Bethmann-Hollweg I S. 370 u. 399) durch Spezialauftrag einen judex; nur mit dem Unterschied, daß er nicht mehr ein judex privatus (Volksrichter) war. Rudorff II S. 45—46. Der ganze Gegensatz zwischen jurisd. mandata und judicis datio ist daher in der spätern Zeit verschwunden; Bethmann-Hollweg III S. 175.

und systematischer Ausbildung gelangte der Grundgedanke, daß der Inhaber der Gerichtsbarkeit dieses sein Recht willkührlich auch mittelst Spezialauftrags zur Ausübung übertragen kann, im Kan. R. Der Pabst und die Bischöfe, als Jurisdiktionsinhaber, sind in geistlichen Sachen befugt, in jedem Fall ein besonderes Gericht zu delegiren [5]). Dasselbe vermochte in weltlichen Sachen der Kaiser, Fürst oder sonstige wirkliche Inhaber der Jurisdiktion. Daran schloß sich weiter noch die Möglichkeit, daß Delegat weiter subdelegiren könne [6]). Die delegirte Gerichtsbarkeit war der jurisdictio ordinaria nicht nur ebenbürtig, sondern sogar, weil dem Anscheine nach unmittelbarer aus der letzten Quelle fließend, die wichtigere und höhere Art. Um so mehr bemühte sich die Doktrin, die Voraussetzungen und das Verfahren der Delegation nach jeder Seite hin [7]) darzustellen.

In Deutschland, wie in anderen Ländern [8]), wurde das Recht der kaiserlichen, wie der landesherrlichen Gewalt zur Ertheilung außerordentlicher Kommissionen von jeher anerkannt [9]). Allein, da Unabhängigkeit der Rechtspflege mit einer solchen Befugniß unverträglich ist, so mußte die Bestellung außerordentlicher Richter durch Kommission, wie man es jetzt in der Regel nannte, oder Delegation einer der ersten Punkte sein, gegen welchen die Reichsstände im Interesse der neugebildeten Reichsgerichte operirten. Auf

---

5) Tit. X 1, 29; in VI 1, 14; Clem. 1, 8 de off. et pot. deleg. jud. — S. dazu Durant. I, 1 de jud. deleg.

6) Die Subdelegation heißt auch commissio; Durant. l. c. § 4 nr. 12. Sonst heißt commissio die Verleihung der Jurisdiktion in einem Territorium s. Dur. I, 1 de jurisd. omn. jud. nr. 25.

7) Damas. tit. 36 sqq. Durant. l. c. § 2 sqq.; Marant. P. IV. dist. 5; Scacc. de judic. I c. 16 und über den modus, die Kommission oder Delegation zu erwirken, das. c. 64. — Wetzell, a. a. O. Not. 2. — S. dazu München, das kanon. Gerichtsverf. S. 14. 26 ffl.

8) S. z. B. über Frankreich (évocation de grâce, committimus) Schäffner, Gesch. d. R. Vf. II S. 430 ffl.; auch dort zeigte sich dagegen der heftigste Widerwille.

9) Wetzell Not. 4. — Außerordentliche Richter gaben schon die fränk. Kaiser. Im ältesten deutschen Gerichtswesen fehlt natürlich diese Erscheinung. Die Delegation oder Kommission an willkührlich von dem Inhaber ausgewählte Personen bezeichnet handgreiflich die Unfreiheit der Rechtspflege und erreicht mit dem rein patrimonialen Karakter ihren Höhepunkt.

wiederholtes Andringen wurde der Kaiser veranlaßt, dieses Recht sehr zu beschränken, nahezu aufzugeben [10]).

In den Territorien dagegen dauerte die Delegation an außerordentliche Gerichtsstellen als Konsequenz der patrimonialen Innehabung noch lange fort, ausgeübt von dem Gerichtsherrn selbst, oder in dessen Auftrag von seinen höheren Behörden [11]). Allein allmählig mußte auch hier die festere Gestaltung des modernen Staates dagegen auftreten. Mit Ausschließung der Kabinetsjustiz geht der staatsrechtliche Grundsatz Hand in Hand, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf [12]).

Es gibt nur noch ordentliche Gerichtsbarkeit [13]). Neben den ordentlichen, d. h. gesetzlichen Gerichten [14]) kann eine Uebertragung der Gerichtsbarkeit kraft Spezialauftrags der Regierung nicht mehr stattfinden. Die Anordnung von unständigen Kommissionen und Spezialgerichten, geschweige denn Delegation im frühern Sinn, ist durch die modernen Verfassungsurkunden geradezu ausgeschlossen, und die Errichtung ständiger Kommissionen, oder Delegationen, wie die Errichtung aller anderen Gerichtshöfe, nur im Wege des Gesetzes möglich (§ 24, 7) [15]). Damit hat die ganze Lehre von der Delegation geradezu ihr Ende erreicht [16]), gleichviel ob die-

---

10) K.G.O. von 1555 pr. § 1; Inst. Pac. Osnab. V, 51; R. H. O. von 1654, II, 2 § 5—7. Wahlkapit. von 1792 Art. 18 § 3. — Wetzell Not. 7. Osterloh § 8 Not. 2. — Damit war sichtlich die volle Innehabung der Jurisdiktion bei dem Kaiser durchbrochen; vgl. § 19, 25 und § 23, 8.

11) Wetzell a. a. O. Not. 12. 13. — Ueber die Literatur dieser Lehre, welche sich immer mehr mit der Lehre von der Kommissionsertheilung in dem § 50 darzustellenden Sinn vermischte (cf. z. B. Carpzov. pr. j. II, 3 § 2) Wetzell Not. 3.

12) Bluntschli, allg. St.R. II S. 208; Zachariä, d. St.R. § 172 Not. 8.

13) Pfeiffer, die Selbst. u. Unabh. des Richteramtes S. 309.

14) Daß ständige Kommissionen und Ausnahmsgerichte, wenn sie gesetzlich eingeführt sind, kein Bruch dieses Grundsatzes sind (s. Not. 16), versteht sich von selbst. Osterloh § 66 S. 122; Martin § 9, Vorl. I S. 60; Zachariä a. a. O. Not. 9.

15) Daß dagegen zu den ständigen Gerichten noch unständige Mitglieder kommandirt werden können, s. § 32, 6 und § 49.

16) Für die Civiljurisdiktion ist dies ganz gewiß. Eher läßt sich davon in der Kriminaljurisdiktion noch reden, wenn Kriegs- und ähnliche Gerichte

selbe eine umfassendere oder spezielle, eine länger oder kürzer dauernde sein soll [17]). Wenn demnach in den Lehrbüchern von der Delegation die Rede ist [18]), so rührt dies daher, weil unter Delegation nicht blos die Verleihung der Jurisdiktion an unständige Gerichte [19]), sondern auch diejenige ganz verschiedene Erscheinung begriffen wird, welche unten als Kommission oder Deputation darzustellen ist.

II. Man unterscheidet ferner [20]) im Gegensatze zu der jurisdictio propria eine jurisdictio mandata. Es fragt sich unter diesem Namen, ob derjenige, welchem von dem Jurisdiktionsinhaber die Gerichtsbarkeit verliehen worden ist, dieselbe weiter übertragen (mandiren) kann [21]). Die röm. Magistrate, soweit sie ihrerseits die Jurisdiktion nicht durch Mandat, sondern als bestellte Organe des Gemeinwesens ausübten, waren dazu befugt [22]).

In dem kaiserlichen Beamtenrichterthum aber befestigte sich

---

mitunter ohne gesetzliche Grundlage (aus einem sog. Nothrecht, s. Bluntschli a. a. O. S. 209) errichtet werden. — Im Umfang der Civilgerichtsbarkeit giebt es weder Delegation an ein bestehendes Gericht, noch Errichtung einer bes. Gerichtsstelle, noch gar (bei den in § 27 erwähnten Voraussetzungen des Richteramtes) Delegation an nicht als Richter angestellte Personen (vgl. Martin § 300). Auch bedarf es für die Civiljurisdiktion keinerlei Ausnahme; denn Alles, was nöthig werden kann nach der heutigen Gerichtsverfassung, ist eine Verschiebung der Kompetenz, resp. Ergänzung des Personals bei Verhinderung. Davon in § 50.

17) Worauf Bethmann-Hollweg S. 125 Gewicht legt.

18) Schmid § 35; Bayer § 57; Osterloh § 66; Wetzell § 35 Not. 13 möchte, wie es scheint, doch das landesherrliche Recht unständiger Kommissionsertheilung, wenn auch beschränkt, aufrecht erhalten. Renaud § 25 nennt die Kommission Delegation.

19) Gleichsam Kometen des Gerichtswesens. Daß dazu die Vermischung jetzt durchaus zu trennender Dinge unter dem gemeinsamen Namen Delegation oder Kommission bei den älteren Rechtslehrern viel Veranlassung geboten hat, erhellt aus dem Obigen.

20) Martin § 41; Linde § 70; Heffter § 40; Schmid § 37; Bayer § 58; Osterloh § 65; Wetzell § 35; Renaud § 26.

21) während die Delegation außerordentliche Verleihung von Seiten des Inhabers ist. Bayer § 58.

22) Bethmann-Hollweg, Gesch. I S. 55; II § 71; Puchta, Inst. II § 151 Not. n.; Rudorff, R.R.Gesch. II § 12. — L. 1 p. de offic. ejus 1, 21; L. 5 de jurisd. 2, 1. Das officium judicis dagegen war unübertragbar.

nothwendig immer mehr die Idee der Unübertragkeit des Amtes [23]). Einzelaufträge waren damit natürlich nicht ausgeschlossen [24]).

Die mittelalterliche Lehre machte vielfache Unterscheidungen, inwieweit sowohl der delegirte, wie der ordinäre Richter durch Subdelegation [25]), oder durch Mandat die ihm übertragene Gewalt weiter begeben könne [26]).

Jeder Richter war von Haus aus nur Mandatar des Jurisdiktionsherrn [27]). Auch diese ganze Lehre, welche sich auf die Idee patrimonialer Innehabung der Jurisdiktion gründete, ist für das Gerichtswesen vollkommen unpraktisch. Die ständigen Staatsrichter sind nicht mehr blos Mandatare, sondern Organe des Staates. Und nach dem Grundsatz der Ständigkeit kann kein Gericht seine Jurisdiktion willkührlich an eine andere Stelle übertragen [28]). Das nach der Gerichtsverfassung kompetente Gericht muß selbst erkennen [29]), da es eine mandirte Gerichtsgewalt in diesem Sinne nach dem heutigen Wesen der Gerichte nicht mehr geben kann.

---

23) Bethmann-Hollweg III S. 181; Puchta a. a. O. § 183. Die Ernennung von Stellvertretern (vices agentes) von Seiten des Kaisers ist etwas ganz Anderes (§ 49, 1).

24) Bethmann-Hollweg III S. 182.

25) 28 X. de off. et pot. jur. del. 1, 29.

26) S. die Citate der Not. 7; c. 3. 18. 43. X. h.t. 1, 29. c. 62 X. de app. 2, 28. Clem. un. cod. tit. 1, 8. München a. a. O. S. 29.

27) Scacc. de jud. I c. 13. 14. locumtenent. s. vicar.

28) Wetzell § 35 Not. 56.

29) In den Lehrbüchern meist totale Verwirrung, indem man als Mandiren auch die Verleihung von Seiten (patrimonialer) Jurisdiktionsinhaber hereinzieht. S. z. B. Martin § 41 Not. **; Osterloh § 65, bes. Not. 5. — Schmid § 37 leitet obigen Satz lediglich aus dem höchst persönlichen Karakter des Richteramtes her. Daran ist so viel wahr, daß das Weitermandiren der heutigen Gerichte, gegen welches sonst bei ihrer Unabhängigkeitsstellung nicht mehr eingewendet werden kann, daß sie selbst nur Mandatare seien (vgl. § 47, 3. 4), und denen man sonst denselben Karakter beimessen muß, der den röm. Magistraten zukam, doch ausgeschlossen ist, weil sie zugleich das judicium haben und dieses mit Recht für unübertragbar gilt (Not. 22).

§ 49.

2. Substitution und Ergänzung.

Kein Widerspruch gegen die bisher dargestellten Grundsätze ist es, wenn die Staatsgewalt, wo nöthig, einen Ersatz des Gerichts oder des Gerichtspersonals anordnet. Die Sorge für solchen Ersatz wird bei der Pflicht des Staates zur Gewährung vollständiger Justizeinrichtungen zunächst unabweislich, wenn eine allgemeine Verhinderung des gesammten Gerichts an der Ausübung der Justiz eintritt.

Für den Fall, daß wegen Vakanz, Krankheit u. dgl. des Einzelrichters oder des Kollegs die Rechtspflege verhindert werden sollte, ist häufig geradezu gesetzlich gegenseitige Substitution der auf gleicher Stufe stehenden Gerichte vorgeschrieben [1]). Oder der Staatsregierung ist gesetzlich das Recht vorbehalten, bei Verhinderungen durch besondere Substitution oder Kommission eines andern Gerichts für den einzelnen Fall Fürsorge zu treffen.

Sodann gehört aber hierher auch die Ergänzung des Personals desselben Gerichts durch Zuziehung von Hülfsrichtern (§ 32, 6) u. dgl., welche oft ganz allgemein aus geschäftlichen Rücksichten zugelassen wird, so wie die Stellvertretung unter den verschiedenen Personen des nämlichen Gerichts, indem z. B. für Nothfälle der Aktuar dem Richter hinsichtlich der richterlichen Geschäfte und umgekehrt der Richter dem Aktuar hinsichtlich der Protokollführung (§ 36) substituirt wird.

Alle diese Vorkommnisse sind weder Delegationen im Sinne der Ertheilung unständiger Kommission, oder der Errichtung unständiger Gerichte, noch auch Mandate im Sinne willkührlicher Weiterübertragung ihrer Gewalt Seitens der bestehenden Gerichte, ondern lediglich eventuelle Anordnungen der Staatsgewalt, im Wege der Gesetzgebung oder Justizverwaltung, innerhalb der stän-

---

1) Dafür kann man sich auf die Bestellung von vices agentes oder vicarii in der röm., s. Bethmann-Hollweg I S. 49; III S. 183; tit. Cod. 1, 50, wie in der deutschen Gerichtsverfassung berufen. Zu der Maßregel einer Stellvertretung war zu allen Zeiten Veranlassung. — Vgl. auch Wetzell § 35 Not. 57. —

digen Justizorganisation [2]). Der Stellvertreter oder die Ergänzungsperson ist nicht Kommissar, sondern in derselben Weise, wenn auch nur erst für gewisse Fälle, von der Staatsgewalt nach dem Gesetz zur Ausübung der Justiz berufen, wie die gewöhnlichen Gerichte und Richter.

3. Kommission.

§ 50.

a. Für eine oder mehrere Sachen im Ganzen.

Es bleibt ferner dafür zu sorgen, daß auch in dem Fall die Möglichkeit der Justiz gewährleistet sei, wenn ein Gericht für eine einzelne Sache, oder für eine Reihe von Sachen, oder auch für sämmtliche Rechtsangelegenheiten gewisser Personen unfähig ist, die Rechtspflege zu verwalten. So bei Unfähigkeit des Gerichts, welche aus beharrlicher Verweigerung der Justiz, Verwandtschaft oder irgend einem sonstigen Inhabilitäts- bezw. Rekusationsgrund hervorgeht [1]).

Wenn nun der Staat verpflichtet erscheint, trotz der vorhandenen Hinderungsgründe ein für die Ausübung der Rechtspflege befähigtes Gericht herzustellen, so kann dies einmal durch Stellvertretung, bezw. Ergänzung in der § 49 dargestellten Weise geschehen [2]).

---

2) Darnach sind die Auffassungen z. B. bei Martin § 68, Vorl. I S. 411; Bayer § 58; Osterloh § 65 u. A. zu berichtigen.

1) Dagegen ist der Fall, den Bayer § 57 IIa voranstellt, daß gar kein ordentliches Gericht vorhanden sei, jetzt undenkbar. – Ebensowenig sind Zweifel an der Kompetenz ein Grund dazu. Sie müssen richterlich durch die Gerichte oder eigene Kompetenzhöfe entschieden werden; s. dag. Osterloh § 66 Not. 6. Wohl aber gehört der Fall hierher (§ 44 II B 4), daß kein Gericht über die ganze (zusammengesetzte) Sache kompetent ist.

2) Wirklich geschieht dies mitunter, indem z. B. für die Rechtsangelegenheiten einer mit dem Richter verwandten Partei ein anderer substituirt wird, der die Justiz für diese bei demselben Gericht zu verwalten hat. Das ist insofern das Richtige, als ein Recht der Partei, an ihrem kompetenten Gericht Justiz zu nehmen, besteht, welches durch das von ihr nicht verschuldete Hinderniß (indem z. B. der Staat einen ihr verwandten Rich-

Ein anderes Mittel der Abhülfe bietet die Kommission, d. h. die Ueberweisung der betreffenden Rechtssachen zur Erledigung an ein anderes Gericht.

In Hinsicht auf diese Kommissionsertheilungen, welche die Doktrin vielfach ohne alle Sichtung nach den älteren Grundsätzen von der Delegation der Gerichtsbarkeit behandelt[3]), gilt Folgendes[4]):

I. Die Kommission ist nicht ein Mandiren der Gerichtsbarkeit, sondern lediglich eine Verschiebung der eigentlich begründeten Kompetenz[5]). Da nun die Zuständigkeit der Gerichte innerhalb des Staates auf gesetzlicher Ordnung beruht[6]), so kann die Veränderung und Uebertragung derselben, welche in der Kommission liegt[7]), nur unter den bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen eintreten[8]).

II. Die Ertheilung solcher Kommission zur Ausübung der Rechtspflege in größerem oder kleinerem Umfange ist Justizverwaltungssache, mit der häufig[9]), aber nicht nothwendig die höheren,

---

ter dorthin setzt) nicht geschmälert werden kann. Allein aus pekuniären Rücksichten wird, mitunter zu beträchtlichem pekuniärem Nachtheil der Parteien, deren Verweisung an ein anderes Gericht vorgezogen.

3) Die äußere Abscheidung von der Auftragsgerichtsbarkeit in den Lehrbüchern bessert darin noch Nichts.

4) S. dazu Martin § 68, 300 ffl.; Linde § 69; Heffter § 77; Schmid § 35; Bayer § 57; Osterloh § 66, 67; Wetzell § 35; Renaud § 25. — Vgl. auch Glück, Komm. III. S. 282 ffl.

5) Nach den älteren Begriffen von der Innehabung der Jurisdiktion waren solche Gründe recht eigentlich Veranlassung zu Delegation an unständige Stellen oder zu einem Weitermandiren, was jetzt unmöglich. — Vgl. auch § 64, I. zur inneren Erklärung.

6) S. § 57. — Anders im röm. R. Da dort die Kompetenz bei Weitem noch nicht diese Festigkeit hat, so kann der höhere Magistrat dem untergeordneten willkührlich Civil- oder Kriminalsachen zutheilen. Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 52 Not. 78.

7) Daher denn auch gesorgt wird, daß in diesen Fällen ein „außerordentlicher Gerichtsstand" (freilich oft ein sehr unklarer Begriff, s. auch § 41) begründet wird. Martin § 59; Osterloh § 66 Not. 5; Renaud § 31, auch im Preuß. Entw. § 39; Zachariä, d. R.R. § 172, 7. —

8) Bayer a. a. O. II.; Wetzell a. a. O. Not. 18. — Dem entsprechend die neueren Ges. u. Entw. D. E. § 50; Bair. Art. 35; Bad. P.O. § 43. 44.

9) Wie nach den neueren Justizgesetzgebungen regelmäßig der Fall.

Gerichte beauftragt sind. Kommittirt werden kann nur innerhalb der ständigen Justizorganisation an ein gesetzlich bestehendes, mithin nur an ein ständiges[10]), und zwar, um den Betheiligten das Instanzenrecht nicht zu schmälern, an ein gleichstufiges Gericht[11]).

III. Für das Verfahren können die Regeln über die Erwirkung und Ertheilung einer Delegation im prozeßmäßigen Wege, wie sie die kanonistische Doktrin aufstellte und die spätere Lehre nach dem Verhandlungsprinzip beibehielt[12]), nicht mehr passen[13]). Nach der gegenwärtigen Praxis ist es gleichgültig, ob

A. die Veranlassung aus einem Antrag der rechtsbedürftigen Partei, oder einer eigenen Anzeige des verhinderten Gerichts (§ 31), oder amtlicher Wahrnehmung der vorgesetzten Behörde hervorgeht. Letztere ordnet, wenn ihr die Sache nicht bereits instruirt vorgelegt wird, die nöthige Instruktion, nach Bedürfniß unter Gehör der Parteien an. Ergeben sich die Voraussetzungen dazu, so

---

Oft jetzt auch Mitwirkung der Staatsanwaltschaft. Hann. P.O. § 20; D. E. § 31; Preuß. E. § 40, 41. — Eben weil die Kommission diese Bedeutung hat, ist deren Stelle neuerdings viel mehr in den Justizorganisations-, als in den Prozeßgesetzen.

10) S. dagegen Renaud Not. 3.

11) Vgl. § 44, II. Daß der Kommittent aus allen seiner Jurisdiktion unterworfenen richterfähigen Personen frei wählen könne, Wetzell Not. 23—25; Bayer a. a. O. IV., s. dag. Martin § 300 Not. f.; paßte nur für die Zeit der willkührlichen Delegation. — Man kann als ferneres regelmäßiges Erforderniß anführen: gleichartiges (s. § 42) Gericht. Sicher kann wenigstens so lange nicht eine ordentliche Rechtssache dem Handelsgericht und umgekehrt kommittirt werden, als ein gleichartiges Gericht noch vorhanden. Indessen läßt sich dawider auch die Einheit aller Staatsgerichtsbarkeit anführen. Vgl. auch § 66, 15.

12) Zur Genüge ersichtlich aus Wetzell a. a. O. Not. 19 ffl.; s. allenfalls auch Bayer a. a. O. — Ueber das ältere Delegationsverfahren s. die Citate § 48, 7, und die weitläufige Darstellung des Kommissionsverfahrens bei dem R.K.G. von Rulant, de commiss. bes. I. lib. 2 sqq. mit angehängten Formularen.

13) Längst waren namentlich über die Anwendung der strengen Verhandlungsmaxime (Gehör der Parteien) die Meinungen sehr getheilt. S. Wetzell Not. 19. Natürlich wird es nach der heutigen Organisation immer mehr zur Offizialsache des Staates, die Lücke, welche durch spezielle Verhinderung eines Gerichts eintritt, auszufüllen; vgl. auch Osterloh § 66 z. A.

wird die Kommission auf ein anderes Gericht ertheilt. Welches Gericht zu kommittiren sei, bestimmt sich, wenn gleich die Vorschläge und Einwendungen der Parteien gehört worden sind, nach Zweckmäßigkeit. Die Entscheidung darüber, gegen welche allerdings Remonstration nicht ausgeschlossen ist, erscheint als Amtshandlung der höheren Behörde [14]).

B. Das Bedürfniß der Kommissionsertheilung bewirkt nicht, daß die Sache, an deren Erledigung das Gericht verhindert ist, an die höhere, zur Ertheilung der Kommission befugte Stelle devolvirt (§ 44, II). Mithin ist das kommittirte Gericht nicht Repräsentant oder Mandatar des kommittirenden [15]). Es wird nur der Umfang der von dem ständigen Gerichte geübten Staatsgerichtsbarkeit durch die vorgesetzte Behörde, als Organ der Staatsverwaltung, in ungewöhnlicher Weise erweitert [16]). Folgeweise wird auch der Instanzenzug nicht verrückt. Die Appellation von dem für eine ganze Sache kommittirten Gericht geht durchaus in dem regelmäßigen Zuge an das nächst höhere Gericht [17]). Vorbehalt des Kommittenten, daß an ihn appellirt werden soll, erscheint bedeutungslos [18]). Beschwerden über die Kommissionsertheilung selbst dagegen, sofern sie nicht einen integrirenden

---

14) Das Gehör der Parteien über die Person des Kommissars hat jetzt gar nicht mehr die Bedeutung, wie früher, wo es die Ertheilung einer unständigen Delegation galt. Wetzell Not. 20, 21. Ein des Richteramts unfähiger Kommissar kann gar nicht mehr gewählt werden; s. Not. 10.

15) Osterloh § 65 Not. 11.

16) Bayer a. a. O. III. — Das hängt mit dem Erforderniß der Gleichstufigkeit (s. Not. 11) eng zusammen. — Wenn es sich um Verhinderung des einzigen Gerichtshofes (z. B. des obersten) handelt, so wäre freilich, wenn nicht Ergänzung des Personals (s. § 49), was regelmäßig der Fall sein wird, ausreicht, nur Konstituirung eines Spezialgerichtshofs übrig, die dann einen förmlichen Gesetzgebungsakt darstellt.

17) S. dagegen Martin § 301 Not. 6.

18) Nach der Stellung der Kommission in der heutigen Gerichtsorganisation. Die älteren Lehren und Zweifel, Wetzell Not. 35 ffl., können daher übergangen werden, und der Satz, daß das kommittirte Gericht an die Stelle des von ihm zu ersetzenden tritt (Wetzell Not. 34), ist durchschlagend gegen alle Reservationen oder Modifikationen (s. das. Not. 38—40). In der Regel freilich ist faktisch der Kommittent und das nächste höhere Gericht identisch. S. oben Not. 9; Wetzell Not. 41. Vgl. Bayer a. a. O. III.; Renaud Not. 12.

Bestandtheil der Prozeßverhandlungen bilden, könnten zwar, da jene Justizverwaltungssache ist, einen andern Instanzenzug haben [19]). Allein faktisch fällt derselbe mit dem prozessualischen Instanzenzug zusammen, wenn die vorgesetzten Gerichte die Kommissionen zu ertheilen haben.

C. Die Bestellung des Kommissars geschieht durch das Kommissorium, in der Regel in Form eines Reskripts, welches denselben den Parteien gegenüber legitimirt und daher den letzteren nachrichtlich mitgetheilt oder vorgelegt zu werden pflegt [20]). Das Kommissorium ist ein öffentlicher Urkundenakt, der, um wirksam zu sein, Zweck und Umfang der Kompetenzerstreckung unter dem Namen der dazu befugten Behörde enthalten muß. Ueber die Erfüllung der deshalbigen Erfordernisse kann von den Parteien gestritten werden. Indessen ist dazu bei dem öffentlichen und Offizialkarakter der Kommission nur sehr geringer Anlaß [21]). Die Annahme des Kommissoriums von Seiten eines in die Staatsorganisation eingereihten Gerichts erscheint keineswegs als eine freiwillige [22]).

D. Objektiv erstreckt sich die Kommission, welche eine ganze Sache dem Kommissar zuweist [23]), auf Alles, was nach der Prozeßordnung als deren Bestandtheil erscheint; also auch auf die Widerklage, nicht devolutive Rechtsmittel, die Exekution [24]). Wei-

---

19) S. dazu Wetzell Not. 39.

20) Bayer a. a. O. V., Wetzell Not. 28 ffl.; Renaud Not. 9. — Ohne Kommissorium litte das kommittirte Gericht an Inkompetenz, daher denn nothwendig die Folgen der letztern; s. § 67.

21) Daher denn die Voraussetzungen und Formen des Streites de rescripto nach kan. Recht (bei der Delegation), s. c. 31, 32 X de off. jud. del. 1, 29. c. 22 X de rescript 1, 3; auch Vis.-A. 1713 § 6, ziemlich unpraktisch sind. Das Kommissorium muß nöthigenfalls selbst von Amtswegen in Ordnung gebracht werden.

22) S. dag. Kulant I. lib. 3 c. 1. Wetzell Not 44. Nr. 2. Gegenvorstellung bleibt natürlich demselben gestattet. — Daher auch keine Prüfung mehr, ob die Kommission mit Recht erlassen sei.

23) Von einem Zweifel und dem Prinzip strikter Auslegung des Kommissoriums (nach c. 22 X de rescr. 1, 3) s. Martin § 300 Not. g. kann nur die Rede sein, wenn nicht „die ganze Sache" kommittirt wird.

24) Wetzell Not. 32. Früher war über manche Punkte Zweifel; Bayer a. a. O. V. — Daß dem Kommissar, der sich nach der allg. Pro-

terübertragung der kommittirten Kompetenz von Seiten des Kommissars ist unmöglich [25]).

E. Auch hinsichtlich der Beendigung der Kommission müssen ganz andere Grundsätze gelten, als die des Mandats, nach denen die Delegation der patrimonialen Jurisdiktion beurtheilt wurde [26]). Eine wirklich ertheilte Kommission [27]) erlischt durch völlige Ausführung [28]) oder mit Ablauf der für die Kompetenzüberweisung gesetzten Frist [29]). Tod oder Versetzung des Kommissars können nur dann in Betracht kommen, wenn der Auftrag nicht dem Gerichte, sondern der Person ertheilt ist [30]). Aufkündigung steht dem kommittirten Gericht so wenig zu, wie Ablehnung der Kommission [31]). Der Tod des Kommittenten endlich ist durchaus gleichgültig [32]). Widerruf oder Zurückziehung der Kommission dagegen steht der kommittirenden Oberbehörde dem kommittirten Gerichte gegenüber, welches kein Recht auf die Ausübung erwirbt, allerdings zu. Jedoch können hierdurch die Rechte, welche die Parteien durch Litispendenz oder durch Erwirkung des Kommissoriums in förmlicher Verhandlung darauf erworben haben, daß die Sache an der kommittirten Stelle erledigt werde, nicht gekränkt werden [33]).

F. Die Kosten der Kommission bilden an sich einen Theil der gewöhnlichen Prozeßkosten, sind daher von einer Partei oder beiden gemeinsam vorzulegen, und das Endurtheil hat demnächst

---

zeßordnung zu richten hat, nicht andere Vorschriften wegen des Verfahrens von dem Kommittenten gemacht werden können, versteht sich von selbst.

25) Die älteren Regeln der Subdelegation leiden keinerlei Anwendung mehr. S. Bayer § 57 a. Schl. Renaud Not. 11.

26) Wetzell Not. 44.

27) die nicht an einem sie unwirksam machenden Mangel leidet; ein solcher Mangel ist keine „Beendigung". Cf. c. 17 X. h. t. 1, 29.

28) Hier also mit Erledigung d. ganzen Sache Cf. c. 9 X. h. t.

29) c. 4 X eod. Eine solche wird aber bei kommissionsweiser Uebertragung der ganzen Sache kaum vorkommen.

30) c. 14, 42 X eod.; welches letztere bei Kommission der ganzen Sache wieder kaum vorkommt.

31) Wetzell a. a. O. Nr. 2.

32) Oder vielmehr, wenn die Kommission nicht von einer Person, sondern von einer Behörde (Not. 9) ausgeht, unmöglich. — Vgl. dag. Wetzell a. a. O. Nr. 1.

33) Wetzell a. a. O. Nr. 1. Oft wird auch der Gesichtspunkt der Prorogation durchschlagen.

über deren definitive Tragung mitzuentscheiden[34]). Indessen wird in der Praxis oft und mit Recht die Kommission als Offizialsache kostenfrei, oder in manchen Fällen als ausschließliche Last derjenigen Partei, in deren Interesse sie ertheilt wird, behandelt.

§ 51.

b. zu einzelnen Handlungen.

S. die Citate des vorigen §.

Während kein Gericht das Recht hat, seine Gerichtsbarkeit zu übertragen oder sich ein anderes Gericht zu substituiren, hat dasselbe unzweifelhaft die Befugniß, einzelne Handlungen durch einzelne Mitglieder oder durch andere Gerichte vornehmen zu lassen. Kognition und Entscheidung können freilich auf solche Weise nicht übertragen werden[1]), sondern nur Prozeßleitungs- und Vollziehungshandlungen[2]). Dazu bietet sich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, um der Kostenersparung u. dgl. willen, oder weil das gesammte Gericht die betreffende Handlung nicht wohl vornehmen kann, namentlich, wenn auch nicht blos, bei Kollegialgerichten, Veranlassung dar[3]). In solchen Fällen ertheilt das Gericht entweder

1. einem seiner Mitglieder oder Beamten Deputation, d. h.

---

34) Wetzell a. a. O. Not. 42. Martin § 300 Not. c.

1) Vgl. § 48, 22. § 53, 2; Wetzell § 35 a. Schl., und über eine Art von Ausnahme § 52.

2) Darin liegt gerade der große Unterschied der Beauftragung zu einzelnen Handlungen von der Kommission zur Erledigung einer ganzen Sache (§ 50), welche letztere auch das judicium (die Sentenzfällung) in sich begreift und ihrem Wesen nach begreifen kann.

3) S. z. B. wenn Augenscheinseinnahmen, Eidesleistungen, Zeugenverhöre, Vergleichsverhandlungen u. dgl. vorzunehmen sind. — Im schriftl. Prozeß, wo auf das Protokoll hin geurtheilt wird, muß man um der Einfachheit willen geneigt sein, das Meiste auf diese Weise abzumachen. Im mündl. Prozeß hingegen muß Vieles davon vor dem gesammten urtheilenden Kolleg geschehen; bes. Beweisaufnahmen. Hann. P. O. § 281; Old. P.O., Art. 144; Bad. P.O. § 1027; Lüb. P.O. § 9.

die Ermächtigung, an Stelle des gesammten Gerichts die fragliche Handlung zu erledigen[4]).

2. Oder, insofern es ein höheres Gericht ist, welches innerhalb seines Bezirks eine derartige Handlung vorzunehmen hat, gibt dasselbe einem ihm untergeordneten Gericht oder Beamten dazu Kommission[5]). Die Kommission in diesem Sinne schließt sich mithin eng an die Requisition an, welche da nothwendig wird, wo es sich um Vollziehung von Justizakten außerhalb des Bezirks durch ein nicht untergeordnetes Gericht handelt (§ 46). Sie beruht auf der Unterordnung, welche die niederen Gerichte als Hülfsstellen den oberen zur Verfügung hält[6]).

Sowohl Deputation wie Kommission erscheint lediglich als Ausfluß der inneren Justizverwaltung[7]). Der Deputirte oder Kommissar erlangt dadurch keine eigene Gerichtsbarkeit[8]), sondern erscheint nur als Repräsentant des abordnenden Gerichts, in dessen Namen und Dienst er thätig wird. Der Umfang des Auftrags ist hier strikt auszulegen. In der Regel wird die Ertheilung desselben mit der betreffenden Prozeßverfügung verbunden und den Parteien notifizirt. Substitution oder Weiterübertragung liegt nicht innerhalb der Befugniß des Beauftragten, sie sei denn aus dem Auftrage ersichtlich. Was der Deputirte oder Kommissar in der Sache selbst thut, ist gerade so gut, als ob es das beauftragende Gericht selbst gethan hätte. Darnach bestimmt sich das Recht der Beschwerde für die Parteien, welche sich sachlich durch die Thätigkeit jenes verletzt glauben[9]).

Einen ganz andern Sinn hat Beschwerde aus dem diszipli-

---

4) Bayer § 58 a. E. Renaud § 26, 5. — Zeugnisse aus der Reichsgerichtsprax. s. Wetzell § 35 Not. 58 u. **Rulant.** de comm. **P. II—IV.**, s. aber auch schon **Durant. I.**, 1 de audit.

5) Bei der großen Aehnlichkeit wird oft der Name Kommission und Deputation promiscue gebraucht. S. auch Osterloh § 65 Not. 8. —

6) Nach der Hanov. P.O. § 30 soll nur ausnahmsweise solche Kommission stattfinden.

7) S. auch Wetzell a. a. O.

8) Vgl. Han. P.O. § 30.

9) Daß Remonstration, Beschwerde oder Verhandlung über die Ertheilung der Kommission oder Deputation nur an das beauftragende Gericht gehört, erhellt von selbst.

narischen Gesichtspunkte gegen das deputirte Gerichtsmitglied oder das kommittirte Untergericht.

§ 52.

4. Aktenversendung.

Martin § 69; Linde § 71; Heffter § 64; Schmid § 38; Bayer § 92; Osterloh § 96; Wetzell § 44 Not. 39 ffl.; Renaud § 26, 6. — Sartorius in der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. Bd. 14 Nr. 8.

I. Eine Art von Ausnahme des Grundsatzes, daß die Kognition und Entscheidung (judicium) in der Sache selbst nicht von dem zuständigen Gerichte hinweg übertragen werden kann, macht die Aktenversendung, transmissio actorum [1]). Schon vor Eindringen der fremden Rechte war in Deutschland die Befragung erfahrener Gerichte, welche dadurch das Ansehen von Oberhöfen erlangten, um rechtliche Belehrung, jedoch zunächst nur im Sinne eines Gutachtens, üblich [2]). Erst nach Rezeption des romanischen Rechts erhielt aber das Institut der später sogenannten Aktenversendung, für welches sich in der italienischen Praxis nur erst Anfänge nachweisen lassen [3]), seine bestimmtere Ausbildung. Die Künstlichkeit des

---

1) Heffter a. a. O. Not. 89, 90. Man hat auch im röm. R. Anknüpfungen gesucht. Indessen gehört die Beiziehung der consiliarii (§ 35) gewiß nicht hieher. Eher die consultatio principis ante sententiam, s. Heffter a. a. O. Not. 89 (L. 34 Cod. de appell. Nov. 82 c. 14), Rudorff, Rechtsgesch. II. S. 41 Not. 2; Puchta, Inst. II. S. 277; Bethmann-Hollweg III. S. 294; allein diese hat Justinian in Nov. 125 abgeschafft.

2) Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. §. 160; Walter, d. R.G. § 635, 693, 696.

3) Wenn Wetzell § 44 bei Not. 44 es als ein bereits bei den Italienern fertiges Institut hinstellt, daß die Akten an einen Doktor gesandt worden seien, und zwar so, daß der Richter an dessen Spruch gebunden gewesen, so wird das aus den von ihm citirten Schriftstellern keineswegs ersichtlich. Durant. II. 2 handelt unter dem Titel de requisitione consilii nur von der Beiziehung rechtskundiger assessores Seitens des judex und im tit. de relationibus von der consultatio principis bezw. judicii superioris ante sententiam. Von einer transmissio actorum zu selbstständigem Spruch an Rechtsgelehrte findet sich bei Durant. Nichts; ebensowenig bei J. Andreae und Bald. in den addit. Ueberhaupt sind die Nach-

Rechtes machte das Bedürfniß der Rechtsbelehrung immer häufiger; und bei dem Zustande der Justiz begreift sich, daß allmählig die Ansicht, der Rath fordernde Richter habe den Spruch der Rechtsverständigen[4]) einfach zu publiziren, zur gesetzlichen Regel wurde[5]). So ist die Aktenversendung, und zwar in Deutschland[6]), an die kollegialisch besetzten Oberhöfe und Schöffenstühle, welche indessen so gut wie verschwunden sind[7]), sowie an die Juristenfakultäten, welche dermalen im Ganzen allein noch Spruchbehörden sind, bis in dieses Jahrhundert in voller Uebung gewesen[8]). In neuester Zeit ist dieselbe bei dem unverkennbaren Widerspruch, in welchem die Uebertragung des Spruchs auf eine solche Stelle mit der Idee der staatlichen Justizorganisation steht, vielfach geradezu gesetzlich abgeschafft worden[9]), oder in Vergessenheit gerathen. In=

---

richten über letztere so dürftig, daß sich schon daraus ein Schluß ziehen läßt. S. zwar Marant. spec. aur. VI. de app. nr. 8, aber auch das. P. VI de sent. nr. 13 sqq. Die relatio auf Grund übereinstimmenden Parteienantrags wurde, wie es scheint, als Kompromiß betrachtet. S. Scacc. de judic. qu. 17 Cim. 12. Die Statuten (Wetzell Not. 43) geben nur Zeugniß für die Benutzung des consilium sapientis, jedoch ohne näher die Voraussetzung und Wirkung darzustellen. — Die Begründung bei Eichhorn d. St. u. R.G. § 577 ist vollends schwach.

4) Wie das mit der Lehre von den artis periti in Verbindung gebracht wurde, s. bei Carpzov. proc. jur. XVI. 1 nr. 40.

5) Die P.H.G.O. v. 1532 Art. 219 erwähnt davon noch Nichts; wohl aber der R.A. von 1570 § 85. S. auch R.D.A. von 1600 § 16 J.R.A. § 61, 113. — Daß unter den damaligen Verhältnissen die Rechtssprechung der Spruchbehörden aus mancherlei Gründen eine Wohlthat war, leuchtet ein.

6) anders als in Italien, wo die Frage nur an einzelne jurisperiti erging. Savigny, Gesch. des R.R. Bd. 3 S. 235; Marant. l. c. nr. 9.

7) Als bestehend werden noch angeführt die Schöffenstühle zu Leipzig (seit 1834 als Landesgericht formirt), Jena (identisch mit der Juristenfakultät) und Halle. Wetzell a. a. O. Not. 50.

8) S. im Näheren darüber Zachariä, d. St.R. § 171. — Nicht zu vergessen ist, daß in der Zeit der patrimonialen Jurisdiktion die Spruchkollegien durch ihre relative Unabhängigkeit einen Vorzug besaßen, der jetzt nach § 23 nicht mehr existirt.

9) Wetzell Not. 33; Renaud Not. 10. Bei mündlichem Verfahren ergibt sich das von selbst. Eine genauere Untersuchung würde überhaupt zeigen, daß die transmissio actorum sich wesentlich im Zusammenhange mit der Schriftlichkeit entwickelt hat. Aus diesem Grunde hatten auch di

dessen ist sie für einen kleineren Theil der deutschen Länder durch die Bundesakte Art. 12 ausdrücklich erhalten geblieben.

II. So weit hiernach die Aktenversendung noch praktisch ist, findet sie

A. statt, in der Regel auf Antrag beider Parteien[10]), auf Antrag blos einer Partei bei dem Rechtsmittel der Revision[11]), sowie in Sachen, die bei einem gemeinsamen Oberappellationsgericht der kleineren deutschen Staaten anhängig sind[12]); indessen nach der partikularen Praxis häufig auch aus sonst erheblichen Ursachen[13]), und zwar ebensowohl von Amtswegen, wie auf Antrag[14]).

B. Jede Partei hat das Recht, drei Spruchbehörden ohne Angabe von Gründen zu verwerfen[15]). Zur Ausübung dieses jus eximendi muß beiden Theilen Gelegenheit gegeben werden. Sodann werden die Akten förmlich geschlossen und inrotulirt[16]). Unter den nicht eximirten Kollegien hat das Gericht freie Wahl[17]), deren Resultat den Parteien geheim gehalten werden soll.

Die Kosten der Versendung sind von beiden Theilen gemeinsam, wenn beide den Antrag stellen, oder, wenn nur eine Partei den Antrag stellt, von dieser allein vorzulegen. Darüber, ob in dem endlichen Erkenntniß neben den sonstigen Prozeßkosten über die Versendungskosten getrennt zu verfügen sei, oder nicht, herrschen partikularrechtlich verschiedene Regeln[18]).

Italiener (Not. 3) bis in die spätere Zeit wohl consilium u. relatio, aber nicht transmissio.

10) Conc. der R.K.G.O. von 1613, II. 4 § 15. Wetzell Not. 54. — Sie ist dann, wenn man will, Kompromiß (s. Not. 3), auf die vom Gericht auszuwählende Spruchbehörde.

11) J.R.A. § 113; Wetzell Not. 56; Osterloh Not. 3.

12) Nach der B.A. Art. 12. — Im Zusammenhange damit, wenn auch nicht blos aus diesem Grunde, hat sich die Aktenversendung hauptsächlich noch in den kleinen Staaten erhalten.

13) Sartorius a. a. S. 250. — Man citirt Dep.-A. 1600 § 16.

14) S. im Näheren Renaud S. 63 bes. über die betr. Gesetzgebung.

15) Manche wollen Gründe. Sartorius a. a. O. 253.

16) J.R.A. § 113. — S. § 148, 16.

17) Wetzell Not. 59.

18) Vgl. dazu Wetzell § 44 Not. 65; Bayer a. a. O. II.; Renaud Not. 19 ffl.

C. Von der Spruchbehörde, welcher die Akten zugeschickt worden sind, wird auf Grund der letzteren [19]) das Erkenntniß mit Entscheidungsgründen abgefaßt [20]) und sammt den Akten dem versendenden Gericht demnächst mitgetheilt. Letzteres eröffnet das Erkenntniß den Parteien in eigenem Namen [21]). Es ist daran gebunden, ohne Abänderungen machen zu können, und zur Eröffnung verpflichtet, außer bei offenbarer Nichtigkeit der prozessualischen Form [22]).

D. Die Aktenversendung kann ebensowohl vor Zwischenerkenntnissen, wie vor Endurtheilen geschehen [23]).

V. Die Gerichtsgewalt der Gerichte.

§ 53.

A. Inhalt derselben. Gerichtsunterthänigkeit.

I. Die den Gerichten kraft ihrer Einsetzung (§ 47) zukommende Ausübung der Gerichtsbarkeit bildet die Gerichtsgewalt, welcher, da sie aus der öffentlichen Ordnung entspringt, die Pflicht der Folgeleistung auf Seiten des Publikums gegenüber steht [1]) Sie umfaßt

A. als nothwendigen Bestandtheil

1. die Befugniß der Kognition und Entscheidung (judicium). Ohne diese kann kein Gericht existiren [2]). Die Sentenz des Gerichts fordert als Akt der öffentlichen Macht die Anerkennung der

---

19) Die Spruchbehörde hat keine weitere Prozeßleitung; sie ist reines judicium. Osterloh § 58 a. E.

20) Ob man ihre Stellung eine mandirte Gerichtsbarkeit nennen soll — Osterloh § 65 Not. 9 — wäre sehr zweifelhaft, wenn darauf Etwas ankäme. — Seuffert XII. 304.

21) R.A. von 1570 § 85, wenn auch mit dem Zusatz, „auf Rath auswärtiger Rechtsgelehrten". — Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 S. 278.

22) Wetzell Not. 63. 64; Bayer das. V.

23 Bayer das. III. — Daß ein bloßes Gutachten (responsum) etwas Anderes ist, als die Aktenversendung, erhellt aus dem Bisherigen.

1) Osterloh § 115.

2) Heffter § 41 Not. 42 43.

betheiligten Privaten und zu ihrer Realisirung die volle Hülfe der Exekutivgewalt des Staates [3]).

2. die sog. Disziplinargewalt oder gerichtliche Polizei [4]), welche von jeher dem Gerichte unentbehrlich gewesen ist [5]). Jedes Gericht hat für die Aufrechthaltung der Ruhe, Ordnung und Würde der Gerichtsverhandlungen, sowie der in Hinsicht auf die äußere Form getroffenen Maßregeln zu sorgen [6]). Störungen des Gerichtsfriedens durch Ungebührlichkeiten irgend welcher Art, sei es von Seiten der Parteien, der Anwälte oder des Publikums, namentlich auch Beleidigungen, werden durch Ordnungsstrafen, welche in Rügen, Geld- oder geringeren Arreststrafen zu bestehen pflegen, sofort geahndet; vorbehaltlich weiterer Untersuchung und Bestrafung, wenn ein strafrechtlich zu ahndendes Vergehen vorliegt. Zugleich können sonstige Zwangsmaßregeln zur Herstellung der Ordnung ergriffen werden [7]). Art und Größe der Strafe bestimmt das richterliche Ermessen. Vorherige Androhung ist nicht geboten. Dem Gemaßregelten steht zwar allenfalls Rekurs an das höhere Gericht [8]) zu; allein ohne, daß dadurch an der Pflicht unmittelbarer Folgeleistung sich etwas ändert.

Von besonderer Bedeutung und Ausdehnung erscheint oft die Ausübung der Disziplin über die Anwälte, insofern sie über die Grenzen der unmittelbaren Gerichtspolizei hinaus die Beaufsichtigung des gesammten dienstlichen Verhaltens bezweckt (§ 81, III.).

---

3) S. über die Folgen § 251 ffl. — Wetzell § 48 Nr. II.

4) Martin, Vorl. I. S. 378; Bayer § 84 z. A.; Osterloh § 118; Wetzell § 48 Nr. I.; Heffter § 65; Renaud § 163.

5) Für das R.R. vgl. L. 5 § 1 de off. ejus 1, 21; L. 8 de app. 49, 1; für das kan. R. c. 11 X. de poen. 5, 37; für das deutsche R. R.P.O. von 1577 Tit. 33; J.R.A. § 50.

6) z. B. Einhaltung der Schranken, Anmeldung durch den Diener, Einzelvertreter u. dgl. bei terminlichen Verhandlungen, Art der Schrifteneinreichung, Beschaffenheit der Schrift u. s. w. im rein schriftl. Verfahren.

7) Diese Gerichtsdisciplin ist natürlich ungleich wichtiger in dem mündlichen, als im schriftlichen Verfahren. In den modernen Mündlichkeitsordnungen wird sie daher ausführlich, und zwar nach dem Muster der Strafprozeßordnungen, geregelt. S. Lüb. P.O. § 14, Hanov. P.O. § 115; D. E. § 158; Bair. E. § 126; Preuß. E. §. 248 ffl. Sie wird meist dem Vorsitzenden übertragen.

8) Oft auch bei Disziplinirung durch den Vorsitzenden an das Gerichtskollegium.

Bei dem Karakter, den die Prozeßleitung meist an sich trägt und der sich sogar in direkten Strafen wider Gefährde, Ungehorsam u. dgl. äußert, erscheint übrigens Vieles leicht als Disziplinargewalt des Gerichts, was sonst als Prozeßleitungsamt zu betrachten ist.

B. Das Gericht hat ferner nach dem seitherigen Zustand des gemeinen Prozesses, ohne daß dies gerade nothwendig wäre, unter dem Begriff einer Justizpolizei- oder Justizexekutivgewalt:

1. die Leitung des Prozesses, welche sich durch eine Reihe von Verfügungen unter Benutzung gewisser dem Gerichte zur Verfügung gestellter Zwangsmittel vollzieht [9]).

2. die Vollziehung der Verfügungen als Endurtheile, welche zum Theil ebensogut auch anderen Stellen übertragen werden kann [10]).

II. Die Gerichtsgewalt fordert, mindestens innerhalb des eigenen Staates, Anerkennung und Folgeleistung von Jedermann. Derselben sind an sich Alle unterworfen [11]), welche der Staatsgewalt unterworfen sind [12]). Ausgenommen sind jedoch nach dem völkerrechtlichen Grundsatz der Exterritorialität auch in Civilsachen Gesandte und deren Gefolge [13]), welche wenigstens nicht der Gerichtsgewalt des Landes unterworfen sind, in dem sie akkreditirt sind [14]).

Zweifel herrschen vielfach noch darüber, ob der Landesherr in Civilsachen unter der Gerichtsgewalt steht. Nach den heutigen

---

9) S. davon unten § 114 ffl. Wetzell § 48 II, 2.

10) S. davon § 144 a. E. u. § 254, I. a. E.

11) In thesi. In hypoth. Unterwerfung nach den Kompetenzregeln.

12) Zachariä d. St.R. § 176 Nr. I. Niemand steht an sich noch über den Gerichten. Namentlich auch nicht etwa Mitglieder der landesherrlichen Familie, oder des regierenden Hauses. Ebenso wenig Ständemitglieder.

13) Osterloh § 78 Not. 2; Schmid § 52; Bayer § 72, II. 4. — Vgl. dazu Preuß. E. § 43—45 (nicht für Konsuln und diplom. Agenten gültig; selbst Inländer, die der Gesandte unter sein Gefolge aufnimmt, exterritorial. Aber das for. rei sitae wird durch die Exterritorialität nicht berührt; § 44). — Heffter, Völkerrecht 5 Aufl. § 215.

14) Wohl aber der ihres Heimathlandes; vor welchem Forum s. § 60, 29. Also keine Exemtion von aller Gerichtsgewalt. —

Verhältnissen ist es in den meisten Ländern ausgemacht[15]), daß in Privatrechtssachen[16]) auch der Souverain vor den Gerichten seines Landes Recht nehmen, insbesondere auch sich verklagen lassen muß[17]). Mitunter wird jedoch verlangt, daß derselbe zu der gegen ihn beabsichtigten Anstellung einer Klage vorher Genehmigung ertheile[18]). Die Unterwerfung bezieht sich ebensowohl auf die Sentenz, wie auf die Prozeßleitung und Exekution. Aber nur insofern, als er Partei wird, kann der Landesherr in die Lage kommen, den Verfügungen des Gerichts Folge leisten zu müssen. Dagegen findet kein Gerichtszwang zu persönlichem Erscheinen, zu Zeugnißablage (§ 188), oder persönlicher Eidesleistung statt (§ 203, 4).

---

15) Zachariä, d. St.R. § 176 II. Dennoch behaupten Bayer § 72 Nr. 1 u. Brackenhöft, Erört. S. 256 Not. 4, Renaud § 2, 6. allgemeinhin Nichtunterwerfung.

16) mit denen es allein der Civilprozeß zu thun hat. Die Ausübung von Regierungsrechten ist nicht Gegenstand desselben.

17) Ueber die Begründung dieses Satzes gehen die Ansichten aus einander. Da nach der Auffassung der Meisten immer noch der Landesherr als persönlicher Inhaber der Gerichtsbarkeit gilt, so muß der Widerspruch, daß der Inhaber doch der Gerichtsgewalt unterworfen sein soll, künstlich hinweginterpretirt werden. Man zweifelt aber, ob das Reichsherkommen, wonach damals der Landesherr in solchen Klagsachen vor seinen eigenen Gerichten sich zu stellen hatte, ohne besondere partikularrechtliche Bestätigung noch praktisch sei; s. bes. Zachariä a. a. O.; Wetzell § 39 Not. 10 ffl.; und beruhigt sich häufig mit der (natürlich rein fingirten) Unterstellung, daß die Unterwerfung des Landesherrn, wenn auch in der Verf.-Urk. ausgedrückt, doch nur auf freiem Willen desselben beruhe. So Wetzell § 39 Not. 13; Martin § 49 Not. g „hofft" nur die Beibehaltung des Reichsherkommens. — Das durchschlagende Moment ist, wie Zachariä a. a. O. nach Not. 13 mit Recht bemerkt, die „neuere Gestaltung des öff. Rechtszustandes in Deutschland überhaupt". Mit der heutigen Unabhängigkeit der Gerichte ist diese Konsequenz nothwendig gegeben und kein Widerspruch; denn der Landesherr ist nicht mehr persönlicher Herr der selbstständigen Gerichte (s. § 22). Es muß also die Unterordnung desselben in Civilprozeßsachen geradezu als Regel aufgestellt werden; Pfeiffer, prakt. Ausf. I. S. 228; ffl. und die Beweisführung aus den Verhältnissen der feudal-patrimonialen Landesherrschaft kann dagegen Nichts bedeuten.

18) Was dann meist nur eine Respektsformalität darstellt, wenn es dagegen ernstlich gemeint wäre, schlimmer erschiene, als ein absolutes Verbot der Rechtsverfolgung.

III. Gerichtszwang nennt man die Befugniß des einzelnen Gerichts, innerhalb seines Bezirkes die in Ausübung der Gerichtsbarkeit von ihm erlassenen Befehle nöthigenfalls mit Gewalt an Personen und Sachen in Vollziehung zu bringen[19]). Indem nach den unten aufzustellenden Grundsätzen die Kompetenz unter der Mehrheit von Gerichten wesentlich in der Weise geordnet ist, daß einem jeden ein gewisser territorialer Sprengel zugewiesen wird, findet der Gerichtszwang einerseits durch die Grenzen des letztern in der Weise seine Beschränkung, daß über dieselben hinaus dem Gericht keinerlei Zwangsbefugniß zusteht. Andrerseits aber sind auch an sich alle innerhalb des Gerichtsbezirks befindliche Sachen und Personen, selbst nur bei vorübergehender Anwesenheit, der Vollziehungsgewalt[20]) desselben unterworfen[21]).

§ 54.

B. Ort und Zeit der Ausübung.

Martin § 118. 119; Linde § 172. 173; Osterloh § 69; Wetzell § 66; Renaud § 83.

Jedem Gerichte kommt, soviel den Ort seiner Thätigkeit anlangt, an sich die Befugniß zu, jedenfalls zwar nur innerhalb seines territorial abgegrenzten Sprengels, innerhalb dieses aber überall die Rechtspflege auszuüben[1]). Indessen hat nach unsern Einrichtungen, welche in der Regel nur feste Gerichte kennen, jedes Gericht einen bestimmten Gerichtssitz und sogar ein bestimmtes Gerichtslokal[2]), in welchem gewöhnlich die Rechtspflege ausgeübt

19) Wetzell § 39 Not. 1. — Vgl. L. 1 si quis in jus voc. 2, 5; L. 29 ad municip. 50, 1; Cons. Trid. sess. 14 c. 7 pr.

20) Daher Arrestanlegen; s. §. 133 u. § 63. Ob auch die Kognition (Sentenz), ist eine andere Frage.

21) Diese Gerichtsunterthänigkeit richtet sich durchaus nach der Analogie der Staatsunterthänigkeit.

1) Man citirt gern L. 4 § 1 de interr. in jure 11, 1 u. a.; s. auch c. 7 VI. de off. ordin. 1, 16. Schwerlich bedarf es eines Citats für die selbstverständliche Konsequenz des territorialen Princips (s. §. 44). Ueber den Gerichtsort nach R.R. s. im Näheren Bethmann-Hollweg I. § 27; II. § 79; III. § 147. —

2) Von dessen Einrichtung und Apparat ist Nichts zu sagen. Die röm.

wird[3]). Auf dieses beziehen sich daher gemeinhin selbstverständlich alle Ladungen, während umgekehrt bei Ladungen an einen andern Ort, um die Ungehorsamsfolgen zu sichern, derselbe besonders bezeichnet werden muß.

Die angeblichen Erfordernisse des regelmäßigen Gerichtsortes, Sicherheit, Anständigkeit u. s. w., sind jetzt nur Momente, welche die Staatsregierung bei ihrer Sorge für die geeigneten Einrichtungen (§ 24, III.) in Betracht zu ziehen hat[4]).

Außerhalb des Sprengels Gerichtshandlungen vorzunehmen, ist kein Gericht befugt (§ 44, a. E.). Vornahme von Handlungen außerhalb der gewöhnlichen Gerichtsstätte bedürfen insofern eigener Rechtfertigung, als dadurch an Reisekosten und Diäten der Gerichtspersonen, besondere von der Staatskasse oder den Parteien zu tragende Aufwände entstehen. Die spezielle Bestimmung des ungewöhnlichen Ortes liegt dem Richter nach diskretionärem Ermessen ob. Doch ist den Betheiligten nicht verwehrt, beschwerende Ortsbestimmungen vorher oder nachträglich anzufechten[5]).

II. An sich erscheint der gerichtlichen Thätigkeit unbeschränkt der gesammte Raum des Jahres freigegeben, um innerhalb desselben für die einzelnen Akte die Zeit ihrer Vornahme zu fixiren (§ 117 ffl.). Indessen gibt es gewisse Zeiträume oder Zeitpunkte, in denen die Ausübung der Rechtspflege ausgeschlossen oder doch beschränkt erscheint.

Aus dem R.R., dessen sonstige Bestimmungen über die Gerichtstage[6]) nur der Rechtsgeschichte angehören, ist als Anknüpfung

---

Ausdrücke: de plano und pro tribunali, Wetzell S. 823, haben nur noch symbolische Bedeutung.

3) Daneben können periodische Gerichtstage an einem andern Ort vorkommen. — Eigentlich wandernde Gerichte (in circuitu) sind in Deutschland mindestens sehr selten. Anders in England, s. z. B. Gneist, Verwalt. II. S. 1212 über die circuits der Assisenrichter.

4) Aus dem Grunde kann Niemand mehr die Folge der Citation weigern, weil er die legale Beschaffenheit des Gerichtslokals bestreitet.

5) Es ist denkbar, daß dieselbe aus diesem oder jenem Grund so unpassend ist, daß der Geladene dahin gar nicht Folge zu leisten braucht. — Was die Würde des Gerichts erheischt (z. B. Termin in Wirthshäusern u. dgl.), das zu bedenken bei Lokalexpeditionen ist Sache des Richters.

6) S. Mommsen, röm. Chronologie; Hartmann, röm. Gerichtsverfassung u. Bethmann-Hollweg I. § 28. 80; Rudorff II. S. 61 über die Einzelheiten der dies nefasti, religiosi u. s. w.

für das praktische Recht höchstens zu erwähnen, daß unter anderen an den den Göttern geweihten Tagen (dies festi im Gegensatz der profesti oder feriae) in der Regel keine Gerichtsverhandlungen stattfinden sollten[7]). Nach christlichem Brauche und Kan. R. waren einmal die Sonn- und Festtage der Kirche, letztere freilich seit deren Häufung oft mit Unterscheidung zwischen hohen und niedern Festen, sodann auch weltliche Ferientage, welche Gesetz oder Gewohnheit eingeführt hatte[8]), im Einzelnen mit vielfältigen Unterscheidungen der verschiedenen Arten von Handlungen, verschlossen. Zu den weltlichen gehörten namentlich die aus Rücksicht auf die Recht Suchenden anerkannten Ernteferien[9]). Auf demselben Standpunkt stehen auch die Reichsgesetze[10]). Indessen hat die Neuzeit daran Manches geändert. Diese unterscheidet:

A. kirchliche Sonn- und Feiertage. Welche Tage dazu zählen, ist, namentlich den Katholiken gegenüber, in der Regel partikularrechtlich näher bestimmt[11]). Daß die Sabbathtage der Juden ebenso angesehen werden[12]), ist nicht so allgemein anerkannt[13]). An solchen Tagen soll keine eigentliche Gerichtsverhandlung, ebensowenig eine Citation oder Exekution (durch den Gerichtsdiener) vorgenommen werden. Indessen ist in Eilfällen selbst hiervon Ausnahme zu machen gestattet[14]). Sonst können die Betheiligten die Vorladung[15]), Vornahme von Parteienhandlungen und Vollstreckungen an solchen Tagen verweigern. Leisten sie trotzdem Folge oder willigen sie ein, so kann die Gültigkeit einer vollzoge-

---

7) L. 6 Cod. de feriis 3, 12; Wetzell S. 825 ffl. u. über die spätere Kaiserzeit insbes. Bethmann-Hollweg III. § 147.

8) Vgl. Damas. tit. 14. Pillius I. § 5. p. 15. v. 23; p. 16. v. 15; Tancred. II. 3 § 3 i. f.; II. 18 § 2; Durant. II. 1 de feriis; u. sehr ausführlich Scacc. de jud. II. c. 5.

9) c. 5 X. de fer. 2, 9.

10) Wetzell S. 829.

11) Richter, Lehrb. des Kirchenrechts § 239.

12) L. 13 Cod. de Judaeis 1, 9.

13) Wie Renaud § 83, 19 meint.

14) c. 1. 5 X h. t. si necessitas urget s. pietas suadet. Wetzell Not. 60. — So auch Hann. P.O. § 145; Old. P.O. Art. 85 § 2; Bad. P.O. § 205; Lüb. P.O. § 55. D. E. § 179.

15) L. 2 § 1 si quis in jus. voc. 2, 5.

nen Zustellung[16]), einer sonstigen Vollstreckung, und selbst einer Gerichtsverhandlung nicht angefochten werden[17]). Ueberhaupt ist das Respektiren der Feiertage nach heutiger Auffassung mehr eine Dienstvorschrift für den Richter und das Gerichtspersonal, auf dieselben keine Termine und Gerichtsgeschäfte zu verlegen, als ein absolutes Parteienrecht.

Daß das Gericht an einem Festtage gültig eine Berathung und Entscheidung vornehmen mag, läßt sich nicht bezweifeln, da die Nothwendigkeit der Abweichung gegenüber dem allgemeinen Disziplinarverbot dem Ermessen anheim fällt. Daß Verfügungen etwa das Datum eines Sonn- oder Festtages tragen, ist vollends gleichgültig, da dieses oft nicht einmal an demselben Tage stattgehabte Berathung und Beschlußfassung anzeigt[18]).

Endlich versteht sich von selbst, daß blose Schrifteinreichungen im rein schriftlichen Prozeß auch an solchen[19]), insbesondere auch an den kirchlichen Festtagen, möglich sind[20]). Indessen behauptet man meist noch, daß, während innerhalb der Fristen fallende Feiertage gewöhnlich mitgezählt werden (§ 117, 30), anstatt des den Schluß der Frist bildenden Festtags der nächst folgende Werktag zur Vornahme der betreffenden Handlung gegeben sei[21]). Allein manche Partikularrechte lassen die Frist ohne Rücksicht auf die Qualität des Schlußtags ablaufen, eben weil die blose Einreichung einer Schrift dadurch in keiner Weise gehindert erscheint[22]).

B. Weltliche Feiertage, wie der Geburtstag des Souverains, Gedenkfeste u. dgl., die jedoch häufig, wenn sie überhaupt zu rech-

16) Renaud Not. 11.

17) S. dag. Renaud Not. 6. 10. Nach Kan. Proz. konnte allerdings die Zustimmung der Partei der Nullität nicht vorbeugen. S. jedoch Wetzell S. 830. Daher denn auch nicht mehr gesagt werden darf, daß Ungehorsam in einem derartigen Termin nicht möglich sei; L. 1 § 1 L. 6 de fer. 2, 9.

18) Renaud Not. 7.

19) Zumal wenn das nur durch Einschieben in den Gerichtsschalter, oder per Post u. s. w. geschieht.

20) Wetzell S. 831.

21) So Osterloh § 103 u. a. Zeugnisse aus den neueren Ges. s. bei Renaud Not. 16.

22) Vgl. Lüb. P.O. § 44; Hann. P.O. § 146; D. E. § 184; Renaud Not. 17. 18; Wetzell Not. 66.

nen sind, zugleich kirchliche sein werden. Wenn letzteres nicht der Fall, so soll nach der gemeinen Theorie[23]) mit Zustimmung der Betheiligten an denselben doch gehandelt werden können. Jetzt wird zum großen Theil nicht einmal mehr von deren Zustimmung Etwas abhängen, sondern es handelt sich hier häufig nur um von dem Gericht zu übende, oder hintanzusetzende Anstandsrücksichten.

C. Während die Ernteferien verschwunden oder allenfalls auf die Untergerichte rein ackerbautreibender Bezirke beschränkt sind, bestehen häufig zur Schonung der Gerichte, namentlich der kollegialen, Gerichtsferien[24]). Während derselben sollen die gewöhnlichen Gerichtsgeschäfte ruhen, wogegen die dringlichen ihren ungehinderten Fortgang nehmen. Mitunter hat man den Begriff der Ferialsachen genauer zu normiren gesucht[25]). Sonst ist der Maßstab rein diskretionär. Den Terminen, Ladungen und Vollstreckungen während der Ferienzeit Folge zu verweigern, haben daher die Betheiligten kein förmliches Recht; wenn ihnen gleich Gegenvorstellung freisteht. In der Berechnung der in die Ferien fallenden Fristen bestehen Abweichungen (§ 117, 30).

Während des Raumes des Tages sollen Gerichtshandlungen in der Regel nur vor Einbruch der Nacht vorgenommen werden. Dringliche Fälle begründen jedoch auch hier eine Ausnahme[26]).

C. Entgeltliche Ausübungen.

§ 55.

1. Als Regel. Die Gerichtskosten.

Martin § 10; Linde § 119; Heffter § 276; Schmid § 70; Bayer § 9; Osterloh § 158; Wetzell § 30, Nr. 3; Renaud § 228.

I. Ursprünglich war nach R.R. die Justiz durchaus unentgeltlich, jede Vergütung sogar strafbar[1]), bis in der Kaiserzeit die Aemter ständig wurden. Zuerst erhielten die Subalternstellen

---

23) Renaud Not. 6.

24) S. z. B. Scacc. l. c. nr. 185 über die Ferien der vota Romana.

25) Lüb. P.O. § 55; Preuß. E. § 206.

26) Renaud Not. 20; s. im Uebrigen über die Anrechnung der Terminszeit § 118, III.

1) Rudorff II § 31, 17.

eine Vergütung des Lebensunterhalts (annona)[2]), in der Folge wies man nicht minder den Magistraten eine öffentliche Besoldung an[3]). Sporteln, d. h. Vergütung für die einzelnen Mühewaltungen, waren noch unter Constantin strengstens verboten[4]), rissen aber dennoch ein und fanden schließlich ausdrückliche Billigung der Gesetzgebung, welche dafür eine Taxe aufstellte[5]).

Ebenso ließ der Kan. Prozeß neben mancherlei ständigen Einkünften der ständigen Aemter, Ersatz der Auslagen und Aufwendungen, sowie Sporteln, je nach ihrer Thätigkeit den Richtern, Advokaten, Assessoren, Notaren u. s. w. zufallen. Wo das Amt unständig, war Stücklohn die natürliche Vergütung[6]). Nicht anders verhielt es sich nach den Reichs- und Landesgesetzen in Deutschland[7]). In der feudal-patrimonialen Zeit, welche die Jurisdiktion geradezu als nutzbare Einkommensquelle betrachtete, wurde eine Menge von Gebühren und Abgaben auf Gerichtshandlungen gehäuft.

Heut' zu Tage ist die Lage der Dinge insofern eine andere, als der Staat vermöge seiner Rechtsaufgabe die nöthigen Beamten anstellt, sowie die sonst für die Verwaltung der Justiz erforderlichen Aufwendungen macht. Entsprechend ihrer ständigen Anstellung sind die Beamtenrichter mit einer festen Besoldung versehen und, abgesehen von den Vergütungen für Reisen, welche meist tarifirt sind, oder für sonstige außergewöhnliche Aufwendungen, in der Regel Bezüge für einzelne Handlungen bei ihnen gänzlich abgeschafft[8]). Aktuare und anderes Unterpersonal sind nicht selten noch auf Einzelgebühren-Bezug nach gesetzlichem Tarif angewiesen; allein auch hier strebt die Neuzeit entschieden nach Fixirung mit einem be-

---

2) Bethmann-Hollweg II. S. 158—159; schon damals bes. die Versorgung gedienter Soldaten.

3) Bethmann-Hollweg III. S. 200; auch S. 140.

4) Bethmann-Hollweg § 78, 21.

5) Bethmann-Hollweg § 148, 31. 32.

6) S. insbes. über die salaria judicis Tancred. I, 4 § 5; Grat. II, 9. Durant. I, 4 de salar.; auch Gaill. I. obs. 151 n. 8. Weitere Nachweise s. bei Reatz, Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 428 ffl.

7) Wetzell Not. 92 ffl.; Reatz S. 242.

8) Hier und da existiren noch Referenten- oder (bogenweise!) Protokollgebühren.

12*

stimmten Gehalt. Für diese Ausgaben sucht der Staat, wenn auch die Idee, die Justiz als nutzbares Recht auszubeuten, überwunden ist, wenigstens zu einem theilweisen Ersatz zu gelangen, indem er für die gerichtlichen Akte gewisse, durch Gesetz normirte Abgaben oder Gebühren erhebt [9]).

II. Im Verhältniß der Parteien zum Gerichte [10]) kommen nach heutigen Zuständen in Betracht:

A. Gebühren, welche nach der bestehenden Ordnung unmittelbar den fungirenden Beamten oder Dienern zufallen.

B. Gebühren, welche in die Kasse des Staates fließen. Diese sind häufig in die Gestalt einer Stempelsteuer gebracht, wenn auch daneben oft manche Gebührensätze für einzelne Mühewaltungen fortbestehen. Die Höhe der Stempel ist dann gesetzlich bestimmt. In der jüngsten Zeit strebt man im Ganzen durch umfassendere Stempelsätze die Einzelberechnungen zu vermindern.

C. Endlich baare Auslagen oder Aufwendungen, z. B. für Porto, Entschädigung der Zeugen, Sachverständigen, Reisekosten, Diäten u. dgl., welche von den Parteien zu tragen und für diejenigen, möglicherweise gar nicht dem Gericht angehörigen, Personen bestimmt sind, denen der Anspruch darauf zusteht [11]).

III. Darnach gestaltet sich auch die Beiziehung verschieden. Die Stempel werden zum großen Theil dadurch erhoben, daß die Parteien genöthiget sind, ihre Schriften auf Stempelpapier oder mit Stempelmarken zu dem gesetzlichen Betrage versehen, einzureichen, widrigenfalls sie ohne Weiteres zurückgewiesen werden [12]). Die Stempel für die gerichtlichen Verfügungen und Protokolle, die zu den Akten zu kassiren sind, müssen dagegen nachträglich erhoben werden. Ob von beiden Parteien und zu welchen Antheilen, oder

---

9) Es handelt sich also um eine finanzielle Entlastung, die aus praktischen Gründen nicht umgangen werden kann, wenn auch noch so sehr anzuerkennen, daß prinzipiell die Justiz unentgeltlich zu leisten wäre. Eine weitere Erklärung der Existenz von Gerichtskosten mittelst der Abschreckungstheorie, damit nicht allzu viel prozessirt und das Gericht überladen wird, Renaud § 228, 3, oder durch die nebenbeigehende Wirkung des Kostenansatzes auf Verhütung der Gefährde (§ 127), bedarf es sicher nicht.

10) Denn von dem Verhältniß der Parteien zu einander in Bezug auf die Kosten s. § 138 und vom Verhältniß der Partei zu ihrem Anwalt § 87. 92.

11) Renaud S. 689.

12) Wetzell nach Not. 93; Renaud S. 690.

ob von der einen Partei und von welcher, richtet sich, wenn gleich im Ganzen als Regel gilt, daß der betreibende, bzw. die betreffende Verfügung extrahirende Theil dieselben an das Gericht zu zahlen hat, nach den Umständen. Ebenso werden die Gebühren und Auslagen (II. A. u. C.) unmittelbar von dem pflichtigen Theil erhoben. Im Betreff der letzteren kann das Gericht auch Vorlage verlangen, bis wohin die Vornahme der Handlung verweigert wird. Oft werden die gerichtlichen Verfügungen nur gegen Entrichtung der darauf bemerkten Stempel und Gebühren an die Parteien, welche sie sonach, mitunter sogar von Rechtswegen ohne besondere Aufforderung, auszulösen haben, ausgehändigt. Im Uebrigen steht behufs der Beitreibung jedenfalls direkte Exekution, durch den Gerichtsdiener oder durch Requisition zu Gebote. Oft sind auch die Anwälte oder Insinuationsmandatare in erster Linie oder doch subsidiar für sämmtliche Gerichtskosten haftbar[13]). Durch dieses direkte Beitreibungsrecht wird dann das Bedürfniß von Succumbenzgeldern, Depositionen oder Kautionen wegen der Gerichtskosten bis auf wenige Reste erübrigt.

Die Berechnung und Beiziehung aller Gerichtskosten liegt gemeinrechtlich dem Gerichte, insbesondere dem Aktuar und der Kanzlei, jedoch unter Oberaufsicht des Richters ob. Partikularrechtlich existiren manchmal eigene Sportelkasseverwaltungen, Taxbeamte u. dgl., welche dem Gericht diese Last abnehmen oder vermindern.

§ 56.

2. Ausnahme. Armenrecht.

Martin § 10; Linde § 120; Heffter § 277; Schmid § 71, 307 a; Bayer § 9 D; Osterloh § 161; Wetzell § 30 a. E.; Renaud § 232.

Ausnahmen von der entgeltlichen Ausübung der Justiz können auch dadurch eintreten, daß das Gericht, entsprechend der modernen Idee mehr oder minder diskretionärer Handhabung des Kostenwesens überhaupt, für befugt gilt, aus besondern Gründen im einzelnen Fall von der Erhebung der Gerichtskosten abzusehen.

---

13) S. z. B. über Kurhessen Wagner, Gerichtsverf. § 84. Daher das Bedürfniß des Vorschusses; s. § 82, II. a. E. Es ist das übrigens eine schwere Zugabe zu dem Amt des Anwaltes. Ausgenommen natürlich sind Armensachen (§ 56), in denen für die Partei Gerichtskosten nicht erwachsen.

Daß Anträge und Beschwerden, die einen disziplinarischen oder dienstlichen Karakter haben, häufig kostenfrei behandelt werden[1]), kann kaum als Ausnahme betrachtet werden. Die Hauptausnahme von der Entrichtung der Gerichtskosten begründet das Armenrecht.

I. Schon im R.R.[2]) ist neben den unpraktisch gewordenen Privilegien anderer Klassen, nachdem einmal Gerichtskosten bestanden (§ 55, I.), die Kostenfreiheit der Armen anerkannt[3]). Desgleichen im Kan. R., dem ja die Fürsorge für die Armen besonders am Herzen lag[4]). Nicht minder wurde in Deutschand die Kostenfreiheit der Armen gebilligt. Indessen nahm man allmählig an, daß die an sich wohlbegründete Kostenforderung von den Armen beigetrieben werden dürfe, wenn sie zu besserem Vermögen gelangt seien. Aus der Kostenfreiheit wurde sonach eine blose Stundung[5]). In diesem Sinne erhielt das Armenrecht mannigfach reichsgesetzliche Bestätigung[6]).

II. Das Armenrecht gewährt auch nach heutigem Recht nur eine vorläufige Befreiung von den Stempeln und Sporteln des Gerichts, bzw. der einzelnen Gerichtspersonen[7]). Es berührt nicht baare Auslagen, Zeugengebühren, Diäten u. s. w., welche die

---

1) Wie Rekusations- und Kommissionsanträge; s. Renaud S. 689 a. E.

2) Ueber die gesch. Entwicklung s. bes. Fuchs, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. S. 104 ffl. und über die ganze Lehre neben den bei Renaud Not. * Citirten auch Emminghaus, Arch. f. pr. R.W. Bd. 10 S. 351.

3) L. 13 § 9 Cod. de jud. 3, 1; Nov. 17 c. 3. Nov. 112 c. 2. — Wetzell Not. 98; Bethmann-Hollweg III. S. 204.

4) c. 4 § 4 VI de rescript. 1, 3. In der Regel wird freilich des Privilegs der pauperes nur den einzelnen Salarien gegenüber (§ 55, 6) gedacht. Durant. II, 1 de secund. decret. § 3 gedenkt des pauper nur als satisdatione oneratus. Gaill. I. obs. 43 n. 14 sqq.; umfassender Marant. IV. dist. 9. n. 77 sqq.

5) Wetzell Not. 98. Wie und wenn s. im Näheren gegen Albrecht, Z. f. G.R. u. P. XI. S. 89, bei Fuchs a. a. O.

6) K.G.O. 1538 Anh. IX; Dep. A. 1600 § 6. Gaill. l. c. n. 19; Fuchs S. 112 ffl. und Renaud Not. 10 ffl., der mit Recht hervorhebt, daß die Umbildung nicht auf die Glosse oder noch weiter zurückgeführt werden kann. Davon weiß auch Gaill. l. c. n. 19, wo er der Stundung gedenkt, Nichts.

7) Auch wenn sie den letztern selbst zufallen; s. § 55, II, A. — S. auch Hann. P.O. § 61 N. 1. 4; Bad. P.O. § 162; D. E. § 90.

Partei, auch wenn sie arm ist, zu zahlen oder sogar vorzulegen (§ 55, II. C.) hat[8]). Mithin muß, wenn die betreffende Handlung nicht unterbleiben soll[9]), dem Befehl zur Vorlage genügt und das Geld, wenn nicht aus einer dafür bestimmten Kasse, sonstwie beigeschafft werden[10]).

Außerdem gibt das Armenrecht einen Anspruch auf honorar- und deserviten-freie Vertretung[11]) durch einen Rechtsanwalt[12]). Der Beiordnung als Offizialanwalt, welche in der Regel unter den bei dem Gericht zugelassenen nach einem Turnus geschieht, Folge zu leisten, ist eine Pflicht der öffentlichen Rechtsanwälte, zumal wenn sie ein ausschließliches Monopol der gerichtlichen Vertretung haben[13]). Der beigeordnete Offizialanwalt muß sich in derselben Weise der Sachführung unterziehen, wie der von einer Partei bestellte; nur daß er seine Dienste der Partei gegenüber umsonst zu gewähren hat[14]). Indessen können auch eigene Armen-

---

8) Martin, Vorl. I. S. 82 a. E. Renaud S. 711 a. E.

9) Daß thunlichst auf Vermeidung solcher Kosten, wozu namentlich Kommission oder Requisition dienen mag, — s. schon Gaill. l. c. — hinzuarbeiten, erhellt von selbst. Bayer a. a. O. N. 2.

10) Ueber die zu diesem Behuf bei den Reichsgerichten bestandene Kasseneinrichtung s. Renaud Not. 35. — Bayer a. a. O. N. 3; Martin I. S. 83; Schmid I. S. 208, 3; Wetzell Not. 102. — Ueber Beihülfe aus der Sportelkasse, auch nach neueren P.-O. s. Renaud Not. 38.

11) Indessen manchmal nicht absolut; insofern in der untersten Instanz die Anwaltbestellung keine nothwendige ist (§ 81, 12), wird erst geprüft, ob die Beschaffenheit der Sache oder die Lage der Partei ihre Bitte um einen Offizialanwalt rechtfertigt.

12) So schon in gewissem Maaße nach R.R., Fuchs S. 107, u. nach der mittelalt. Doktrin. Ueber die Begründung, als eine Pflicht nicht blos der advocati, sondern auch der doctores juris, medici u. s. w., s. Gaill. l. c. obs. 43; Fuchs S. 110. — S. auch Lüb. P.-O. § 32; Hann. P.-O. § 61 N. 3; Bad. P.O. § 164; D. E. § 84 N. 1.

13) Die Offizialanwaltschaft ist jetzt also nicht mehr allgemeine (ursprünglich ethische) Pflicht gegen die egentes, sondern eine Dienstpflicht der öff. angestellten Advokaten (§ 82, 6); oft genug zu ihrer großen Belästigung.

14) Gemeinrechtlich hat der Armenanwalt auch nicht einmal Vergütung aus einer öff. Kasse zu gewärtigen, muß also geradezu umsonst dienen, was nach der ganzen Lage der Anwaltschaft schwer zu rechtfertigen. Die einzige Aussicht ist die, im Fall des Obsiegs durch Beitreibung von dem Gegner (Not. 39) zu seinen Deserviten zu kommen.

anwälte zur Uebernahme der Offizialsachen angestellt und besoldet sein.

Alle Gerichtsgebühren, Stempel und Deserviten des Anwaltes werden, da das Armenrecht nur Stundung ist (beneficium annotationis), einstweilen zwar notirt, aber nicht erhoben.

III. Vorbedingung des Armenrechtes ist jedenfalls das Vorhandensein der Armuth. Früher suchte man diesen Begriff genauer zu fixiren und abzugrenzen[15]). Jetzt wird auf Grund der allgemeinen Definition, daß der als arm erscheint, der neben dem nothwendigsten Lebensunterhalt keine eigenen Mittel, um die Prozeßkosten zu bezahlen, und ebensowenig alimentationspflichtige Angehörige, welche dazu im Stande und verbunden sind, hat, das Nähere dem konkreten Ermessen anheimgestellt[16]). Arm und damit zum Armenrecht zulaßbar kann auch eine juristische Person sein[17]).

Die Armuth muß ferner, wo nöthig, erwiesen, oder schon von vornherein bescheinigt werden[18]). Dazu kann an sich jedes dienliche Beweis- oder Bescheinigungsmittel benutzt werden[19]); also Urkunden, Zeugniß, besonders der Nachbarn u. s. w. Auf Grund der Glosse wurde von der älteren Lehre angenommen, daß auch eidliche Versicherung genüge[20]). Ursprünglich als Beweismittel elektiv neben oder subsidiär hinter andern Beweismitteln gebraucht[21]), wurde dieser Eid später unbedingt auch dann gefordert, wenn andere

---

15) S. z. B. Alex. Tart. cons. VII, 37. 91 n. 3. 153 n. 8. u. Fulv. Pacian. de prob. I. c. 54.

16) Schmid Not. 12; Renaud S. 709; über die den Ausländern zu gewährende Reciprocität s. das. Not. 20. S. auch Lüb. P.-O. § 31; Bad. P.-O. § 160. 161; D. E. § 88; Preuß. E. § 115.

17) Eine Konkurs- oder Erbmasse insofern nicht, Renaud Not. 21. 22, als die Kosten oben herunter genommen werden, so lange Etwas da ist. Dagegen haben Armenanstalten, piae causae u. dgl. oft das Armenrecht ein für allemal.

18) K.G.O. von 1555 I, 41 § 1.

19) S. über die ältere Lehre, welche den Beweis der paupertas (die leicht als eine Negative erscheint) bes. schwierig fand, z. B. Fulv. Pacian. l. c.; auch Gaill. I. obs. 142 n. 5. 6.

20) S. darüber bes. Reatz a. a. O., obwohl der Zusammenhang des Armeneides mit der cautio juratoria expensarum nicht viel wiegt.

21) Bes. wegen Schwierigkeit des Beweisthemas nach strenger Legaltheorie.

Beweise zur Hand waren[22]). Er wurde also absolute Vorbedingung, ja mitunter sogar einzig zulässige Bescheinigung des Armenrechts[23]). Ueber die Natur des Eides in dieser Gestalt, in der er Beweiseid und Kalumnien-, selbst promissorischer Eid zugleich war, mußten dann nothwendig viele Zweifel entstehen.

Indessen ist neuerdings öfter der Armeneid nicht nur wieder in solche Stellung versetzt, daß er überflüssig erscheint, wo schon anderweit die Armuth dargethan, oder andererseits nur noch als ein auf besonderes Verlangen abzuleistender Eid beibehalten, sondern auch häufig völlig abgeschafft[24]). Alsdann muß die Armuth mit den gewöhnlichen Mitteln erwiesen oder bescheinigt werden, wenn nicht, wie viele neuere Gesetze verfügen, als ausschließliches Mittel der Beweisung ein amtliches Zeugniß der Ortsobrigkeit[25]), allenfalls unter Mitwirkung des Pfarramtes, in bestimmt festgesetzter Form erheischt wird[26]).

IV. Was das Verfahren betrifft, so muß um das Armenrecht nachgesucht werden. Das in jedem Stadium des Prozesses anstellbare Gesuch muß nach dem Obigen die Darlegung der Armuth enthalten. Es muß aber, obgleich dies an sich nicht immer nothwendig erscheinen kann, nach den meisten Prozeßrechten auch die Darlegung enthalten, daß die Sache des Nachsuchenden materiell begründet sei. Man will dadurch dem Mißbrauch der Bitte um Armenrecht, der sonst nachträglich bestraft werden kann[27]), vorbeugen. Das Gericht ist mithin in der Lage, sowohl das Vorhandensein der Armuth, als auch die Begründung des Anspruchs oder der Vertheidigung, zu deren Durchführung Sportelfreiheit und Offizialvertretung nachgesucht wird, zu prüfen, kann daher aus dem

---

22) Martin, Vorl. I. S. 80; Wetzell Not. 100. Daß das früher nicht so war, erhellt deutlichst aus Gaill. I. 142 n. 6; cf. Alex. Tart. VII. cons. 37 n. 2.

23) K.G.O. 1555 I, 78. Renaud S. 710; Fuchs S. 114.

24) Renaud Not. 31—34.

25) Das sonst von jeher gebraucht werden konnte, aber nicht mußte; K.G.O. 1555 a. a. O. Konz. 1613 I, 55.

26) Durch das Zwangserforderniß einer amtlichen Bescheinigung wird dann die ganze Lehre von der Beweisung der Armuth und dem Armeneid erst recht abgethan.

27) K.G.O. 1555 I, 41 § 3; D. A. 1600 § 8. 10.

einen oder dem andern Mangel zurückweisen[28]). Zum Zwecke dieser Prüfung hat die Partei das Nöthige sogleich, oder auf Erfordern beizubringen. Häufig wird auch hier wieder im Offizialwege durch Einziehung berichtlicher Auskunft, der Akten u. s. w. verfahren.

Die Verfügung ergeht ohne Gehör der Gegenpartei, der jedoch ihrerseits Remonstration oder Beschwerde vorbehalten bleibt[29]).

Neuerdings ist manchmal die Instruktion, oder auch die Entscheidung der Armenrechtsgesuche den Staatsanwälten übertragen[30]), oder den Kollegialgerichten zugewiesen[31]). Gemeinrechtlich hat jedes Gericht die Befugniß, so weit über das Armenrecht zu erkennen, als es sich auf den seiner Kompetenz unterliegenden Prozeß bezieht.

V. Die Wirkung der Armenrechtsertheilung erstreckt sich nur auf den einzelnen Prozeß, für den sie erbeten wurde[32]); sogar nur auf die eine Instanz, da das gewährende Gericht die Sportelfreiheit zunächst nur im Umfang seiner Zuständigkeit zu gewähren vermag[33]). Indessen hat natürlich die Erlangung der Gewährung für andere Prozesse, zumal bei demselben Gericht, oder für eine andere Instanz keine Schwierigkeit, da in der Regel der Hinweis auf die einmal aktenmäßig geschehene Bewilligung oder die in den Akten befindliche Bescheinigung genügt[34]). Als persönliches Benefizium wirkt die Bewilligung des Armenrechts weder auf andere Streitgenossen (§ 73, III.), noch auf die Erben der armen Partei.

Ebensowenig soll dieselbe nach den Reichsgesetzen[35]) dem Geg-

28) Bayer N. 3; Hann. P.-O. § 62; D. E. § 82; Preuß. E. § 115; im Einzelnen wird das freilich verschieden ausgedrückt: z. B. Wahrscheinlichkeit günstigen Erfolgs, Wahrscheinlichkeit, daß die Sache nicht muthwillig geführt werde, Darlegung, daß sie nicht unbegründet u. s. w.

29) Martin, Vorl. I, S. 81, V; denn sie ist wesentlich dabei interessirt, ob das Armenrecht bewilligt wird. S. dag. D. E. § 87. 88.

30) Renaud Not. 17 u. 19. D. E. §. 86.

31) Renaud Not. 18.

32) Schmid S. 210 a. E.

33) Schmid Not. 19; Wetzell Not. 104.

34) Daher auch die ältere Doktrin keine Erneuerung des Armeneides forderte. Renaud Not. 29. 30. — D. E. § 86.

35) K.G.O. 1555 a. a. O. § 2; Schmid S. 211; Osterloh Not. 8.

ner der armen Partei zu Gute kommen. Allein mit Bezugnahme auf das R.R.[36]) werden nach der neueren Praxis meist auch dem Gegner die Kosten einstweilen nur notirt[37]); jedoch nur so lange, bis sich durch Enderkenntniß entscheidet, wer sie zu tragen hat[38]). Wird endlich der Gegner des Armen in die Kosten verurtheilt, so werden sämmtliche, auch die dem Armen notirten, Gerichtskosten, sowie die Deserviten des Offizialanwaltes von ihm beigetrieben[39]).

Wird der Arme in die Kosten verurtheilt, so cessirt die Erhebung[40]), bis derselbe zu Zahlfähigkeit gelangt[41]), in welchem Falle eigentlich sogar[42]) von selber die gestundeten Beträge nachzuzahlen sind, oder bis der um der endgültigen Erledigung willen übliche definitive Niederschlag erfolgt.

Da das Armenrecht nur Stundung bis zu besseren Vermögensumständen darstellt, so dauert es auch während des Prozesses nur so lange, als nicht durch Anzeige von irgend einer Seite her, oder aus eigner Wahrnehmung des Gerichts sich der Wegfall seiner Voraussetzungen, also das Aufhören der Armuth oder auch die Unbegründetheit der Armensache (s. Not. 28) nachträglich ergibt[43]).

---

36) L. 6 Cod. de fruct. 7, 51; L. 12 § 4 Cod. de prox sacr. scrin. 12, 19.

37) Wetzell Not. 103.

38) Indessen herrschen darin partikulare Abweichungen. Renaud S. 713.

39) Martin, Vorl. I. S. 85; Renaud S. 713 a. E. — Hann. P.O. § 64: Bad. P.O. § 163; D. E. § 90.

40) Nach manchen P.-O. bleibt dagegen das Kostenersatzrecht des Gegners ganz intakt, so daß also auch gegen die mit dem Armenrecht versehen gewesene Partei die Pfändung versucht werden kann. Lüb. P.-O. § 34; Bad. P.O. § 168; D. E. § 91. — Dann ist recht sichtlich das Armenrecht nur ein Benefizium dem Gericht gegenüber.

41) Daß, wenn der Arme obsiegt, stets das Streitobjekt der notirten Kosten halber in Anspruch zu nehmen sei, ist gewiß wenigstens nicht unbedingt richtig. Schmid Not. 17.

42) nach dem promissorischen Armeneide. K.G.O. 1555 I. 78.

43) Renaud Not. 50. D. E. § 91.

V. Der Gerichtsstand.

A. Im Allgemeinen.

§ 57.

1. Begriff, Grundlagen und Eintheilungen.

Martin § 44 ffl.; Linde § 86; Heffter § 151; Schmid § 41; Bayer § 61; Osterloh § 75; Wetzell § 39; Renaud § 27. 28.

I. Kompetenz im subjektiven Sinn[1]) ist das Recht und die Pflicht des Gerichts, in einer einzelnen Sache die Jurisdiktion auszuüben; Gerichtsstand die Pflicht der Partei, für eine einzelne Rechtssache bei einem bestimmten Gericht Recht zu nehmen.

Wo für den betreffenden Prozeß nur ein einziges Gericht existirt, ergibt sich die subjektive Kompetenz oder Zuständigkeit von selbst. Wo dagegen innerhalb der objektiven Kompetenz, welche sich nach der Qualität der Person oder Sache bestimmt (§ 41 II; § 42, 2), mehrere Gerichte existiren, müssen, weil ein jedes nur innerhalb seines Bezirks, dort aber auch ausschließlich die Gerichtsgewalt hat (§ 45), rechtliche Merkmale aufgestellt werden, nach welchen das zur Rechtspflege in der einzelnen Sache berufene Gericht erkannt werden kann (§ 45, 10). Dafür reicht das früher berührte territoriale Prinzip nicht ohne Weiteres aus, wenn man erwägt, daß die betheiligte Person sich in einem andern Bezirk befinden kann, als die den Gegenstand des Streites bildende Sache, sowie daß von den betheiligten Personen, Kläger und Verklagter, eine jede möglicherweise einem verschiedenen Gerichtsbezirke angehört[2]). Die Darstellung jener Merkmale ist die Lehre von der Kompetenz.

II. Um die Kompetenz zwischen mehreren Gerichten zu entscheiden, läßt sich

A. an ein Wahlrecht des rechtsuchenden Publikums denken, indem entweder beide Parteien vereinigt oder gar der Kläger

---

1) im Gegensatz zu der objektiven Kompetenz des § 41. 42.

2) Auf diese Ausgangspunkte zuerst in befriedigender Weise hingedeutet zu haben, ist ein unbestreitbares Verdienst von Wetzell § 39 z. A. Man muß doch erkennen, daß, wenn irgend Etwas, dann gerade die Kompetenz und deren augenfällige Wandlungen aus andern Ursachen begriffen werden muß, als aus Phrasen doktrineller Ausbildung.

allein befugt, die Sache willkührlich an irgend eines der mehreren gleichartigen Gerichte zu bringen. In der That hat auch die Wahl der Parteien von jeher einen gewissen Einfluß gehabt. Allein nach den heutigen Verhältnissen scheint freies Wahlrecht der Parteien nicht nur leicht Unzuträglichkeiten zu veranlassen, sondern, was die Hauptsache ist, es widerspricht der festen, über alle Privatwillkühr erhabenen Gliederung des Staatsgerichtswesens [3]). Nachdem die freie Wahl der Kompetenz bis auf ein Geringes zusammengeschrumpft ist [4]), entscheidet wesentlich

B. die unfreiwillige Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt. Gestützt auf das territoriale Prinzip der letztern (§ 45, 4) bestimmt sich die Kompetenz

1. zum Theil dadurch, daß die Sache, welche den Gegenstand des Verfahrens bildet, dem Gerichte unterworfen erscheint. Und dieser Gesichtspunkt hat gerade in dem modernen Gerichtswesen eben wegen seiner territorialen Gestaltung eine bedeutende, vordem unbekannte Ausdehnung erlangt.

2. zum größten Theil aber dadurch, daß die Person der Partei dem Gerichte unterworfen erscheint. Auch diese persönliche Gerichtsangehörigkeit folgt jetzt nach dem Prinzip der Territorialität vornehmlich dem Gedanken, daß die betreffende Person durch Anwesenheit [5]) in dem territorialen Gerichtsbezirke unter die Gewalt des über diesen eingesetzten Gerichts fällt; eine Idee, welche wiederum in dieser Weise dem früheren Rechte fremd ist [6]).

III. Man unterscheidet als Arten der Gerichtsstände oder fora [7]):

---

3) Das (Beamten-)Gerichtswesen läßt nicht von sich sagen, daß es in diesem Sinne zur Verfügung des Publikums gestellt sei.

4) Die gemeine Entwicklung s. § 66.

5) Wie diese geartet sein muß, als dauernde, oder ob blos zufällige genügt, ist eine weitere Frage.

6) Zur Anknüpfung s. auch § 45, 7. Die Bedeutung des territorialen Prinzips ist im Staatsrecht wohlbekannt. Dagegen fehlt noch viel, daß die Richtigkeit desselben nach andern Seiten hin (s. § 14), und so auch für die prozessualische Kompetenz erkannt wird. Und doch handelt es sich nur um Konsequenzen jenes nach dem heutigen Staatswesen unentbehrlichen Grundsatzes. Das Beste, was bisher über diese Frage vorliegt, ist Stobbe, Personalität u. Territorialität, in den Jahrb. f. gem. d. R. VI. S. 21 ffl.

7) Vgl. dazu Renaud § 28.

A. gesetzlichen Gerichtsstand, forum legale, und konventionellen, conventionale s. prorogatum, jenachdem die Kompetenz, wie die Regel, auf gesetzlicher Anordnung, oder, wie wenigstens theilweise noch möglich, auf freiwilliger Unterwerfung beruht.

B. ordentlichen und außerordentlichen Gerichtsstand, f. ordinarium und extraordinarium. Wenn man aber unter dem f. extraordinarium den durch Delegation begründeten Gerichtsstand (§ 48), oder die durch Kommission (§ 50) herbeigeführte Verrückung oder ungewöhnliche Ausdehnung der regulären Kompetenz, oder die Sondergerichtsbarkeit gewisser Personen oder Sachen (§ 41) versteht, so erhellt, daß diese Eintheilung gar nicht den Gerichtsstand im hier zu behandelnden Sinn betrifft.

C. gemeinen und privilegirten Gerichtsstand, f. commune und privilegiatum. Auch diese Eintheilung, mag man unter dem privilegiatum (causa s. persona) die Sondergerichte, oder mag man darunter das Sonderrecht der Schriftsässigen u. dgl. und die sogenannte Avokation (§ 44) verstehen, gehört nicht an diese Stelle.

D. allgemeinen und besonderen Gerichtsstand, f. generale (auch commune) und speciale, jenachdem derselbe für alle Rechtsangelegenheiten oder nur für gewisse Gattungen derselben gilt. Diese Eintheilung betrifft nur die gesetzliche Kompetenz, denn der prorogirte Gerichtsstand ist stets ein speziell nur für die einzelne Sache gültiger (§ 66).

IV. Als Hauptgrundsatz muß endlich an die Spitze gestellt werden, daß da, wo die Kompetenz sich nach der Person richtet[8]), stets die Person des Verklagten entscheidet. Actor sequitur forum rei[9]).

---

8) Denn wo die Kompetenz durch den Gegenstand begründet wird, kommt dies eo ipso nicht in Betracht.

9) L. 2. 5 pr. 6 Cod. de jurisd. 3, 13; c. 5. 8. 15 X. de fer. comp. 2, 2; Bethmann-Hollweg, Civilproz. II. S. 119 Not. 8. Bei den Kanonisten (s. Tancred. II. § 1; Grat. I. 2) in Bezug auf die Gerichtsbarkeit gemeint. — Wetzell Not. 38. — Daß die Provokation keine Ausnahme macht, s. § 64, III. B. 2; ebensowenig das for. reconventionis, welches ein for. des Zusammenhangs der Sache ist; s. § 66, IV. A. — Ausnahmen nach Cod. civ. art. 14; Renaud § 27, 4.

§ 58.

2. Die Grundzüge der geschichtlichen Entwickelung.

Die Lehre von der Kompetenz kann nur aus einem, und zwar das Ganze derselben umfassenden, Ueberblick der historischen Entwicklung verstanden werden [1]).

I. Das R.R. geht davon aus, daß ein Jeder der Obrigkeit derjenigen politischen Gemeinschaft unterworfen ist, der er, durch Geburt oder Aufnahme, angehört [2]). Ursprünglich besteht das forum originis [3]). Der Wechsel des Aufenthaltes hat darauf keinen Einfluß. Daneben aber bildete sich für solche, die nicht eigentliche Angehörige der Gemeinde sind, das durch den Aufenthalt als Schutzgenossen in der Gemeinde bedingte forum domicilii der incolae (Beisassen), welches, erstreckt auf verbündete Fremde (alicuigenae), mit zunehmendem Verkehr immer wichtiger werden und schließlich das forum originis großentheils absorbiren mußte [4]). Nur die Person erschien von Haus aus als geeignete Grundlage der Kompetenz, nicht Sachenbesitz; und wenn später dem Grundeigenthum diese Stellung in beschränkter Weise eingeräumt wurde (§ 60, I.),* so blieb doch Mobiliarbesitz dazu jedenfalls ungeeignet.

Es fehlt mithin noch viel an der territorialen Anordnung der Kompetenz, wie sie das heutige Prozeßrecht aufstellt [5]). Diese be-

---

1) Einige historische Nachricht über die einzelnen fora genügt nicht. Denn sie stehen durchaus in Wechselwirkung. — Man begreift kaum, wie es der Doktrin noch immer möglich ist, sich auf Quellenzeugnisse zu berufen, die aus total andern Grundlagen entsprungen sind.

2) Bethmann-Hollweg, Gesch. I. S. 42. II. S. 121.

3) Rudorff, R.Gesch. II. § 5.

4) S. weiter § 59, I. Es ist klar: das for. originis, der Gedanke, daß nur am Heimathsgericht Recht zu nehmen sei, ist unmöglich, wenn gesteigerter Verkehr die Menschen in die Ferne treibt und bunt durch einander wirft. Hier ist das Forum des Aufenthalts nothwendige Ergänzung. Damit ist dann schon das Personalitätsprinzip, demzufolge Jeder sein Heimathsrecht überallhin mit sich trägt, gebrochen. Aeußerlich knüpft sich die Entwicklung an das Gericht des praetor peregrinus zu Rom für die Fremden, das, wenn auch ursprünglich von anderer Bedeutung (Bethmann-Hollweg, I. S. 39. 42), zu einem for. domicilii wurde.

5) Daß dabei doch territoriale Kompetenz im obj. Sinn, d. h. der Grundsatz, daß jedes Gericht räumliche Grenzen seiner Gewalt hat (s. § 45, 2), bestehen kann, erhellt von selbst. Diese kannte das R.R. von je her,

ginnt erst in der Kaiserzeit, sich heranzubilden. Nun erst konnte die dem ursprünglichen Gedanken, daß die Kompetenz Folge der Gemeindeangehörigkeit sei, entgegengesetzte, durch die Heranbildung des forum domicilii allerdings bereits angebahnte, Vorstellung ihren Ausdruck finden, daß die oberste Autorität alle Unterthanen und Sachen unter die von ihr ausfließende Gerichtsorganisation lediglich nach ihrem örtlichen Verbleib einrangirt[6]). Es begreift sich ferner, daß unter dem Personalitätsprinzip, welches die Zuständigkeit nach Abstammung oder Domizil normirt, dem freien Willen der Privaten ein weit größerer Einfluß gegönnt sein mußte, als unter dem Territorialitätsprinzip thunlich erscheint; wie dies namentlich in der Entwicklung des forum contractus (§ 61, II. A.) ersichtlich wird.

II. Im älteren deutschen Recht bestimmte sich zuvörderst die Zuständigkeit ebenwohl nach persönlichen Verhältnissen, nach Heimathsangehörigkeit oder Aufenthalt. Allein da die Vollberechtigung des Freien, aus welcher die Theilnahme an der Gerichtsversammlung hervorging, durchaus Grundbesitz voraussetzte, so war insofern zugleich der letztere, also ein sachliches Moment, für die Gerichtsangehörigkeit bestimmend. Diese Grundlage erschien sogar so bedeutend, daß sich an den Grundbesitz die persönliche Unterwerfung knüpfte[7]), mithin der Grundbesitz unmittelbar über die Gerichtsangehörigkeit entschied[8]). Daraus erklärt sich nicht nur der volle

---

während die Idee territorialer Kompetenz auch im subj. Sinne erst heranreifte.

6) S. im Näheren Bethmann-Hollweg III. § 146. Es bedarf wohl kaum des Hinweises, wie innig hier die Wechselwirkung der politischen Ansichten und Zustände ist. So wenig die Schuldoktrin davon eine Ahnung zu haben scheint, so gewiß erscheint es, daß selbst eine bisher so eminent doktrinär behandelte Materie, wie die Kompetenzlehre, sich ganz anders gestaltet, wenn die Gerichtsbarkeit in einem von unten sich aufbauenden Staatswesen ein Stück der Selbstregierung des Volkes bildet, als da, wo diese als Ausfluß des Autoritätsprinzips erscheint.

7) Indem deshalb der Eid der Treue gefordert wurde nach Capit. Caris. 873 c. 6; oder geradezu nur Unterthanen zu Grundbesitz fähig erachtet wurden. Wetzell § 40, 16 ffl.

8) Daher denn das Hantgemal, d. i. das Haupt- oder Stammgut, der Mittelpunkt der ganzen Existenz bildete, an dem alle Klagen anzunehmen waren. Wetzell Not. 17 ffl.; Walter, d. R.G. § 650.

Landsassiat (§ 60, 33), sondern es war auch dadurch die Entwicklung des territorialen Prinzips der Gerichtsbarkeit neben dem Personalitätsprinzip sichtlich angebahnt. Wäre Deutschland zu einer einheitlichen, festen Gestaltung gelangt, so würde sich jenes weit schneller und energischer kund gethan haben. Allein es erlitt Störung theils durch die Zerspaltung der Jurisdiktion unter eine Menge von Jurisdiktionsinhabern, theils durch die zunehmende Unfreiheit und die Verschiedenheit der Stände. Unter solchen Verhältnissen trat wieder zunächst die Rücksicht in den Vordergrund, welchem Gericht die betreffende Person nach ihrem Stande angehöre, oder welches Gericht vermöge seines Jurisdiktionsrechts zur Ausübung der Rechtspflege berufen sei[9]).

III. Ganz so verhielt es sich nach K. R. und kanonistischer Lehre. Obwohl das neueste römische Recht über das forum domicilii anerkannt wurde[10]), betraf doch die Untersuchung der Gerichtszuständigkeit hauptsächlich die Frage, wer nach dem Jurisdiktionsrecht als suus judex anzusehen sei. Es handelte sich vornehmlich nicht um die Kompetenz innerhalb einer einheitlichen allgemeinen Gerichtsbarkeit, sondern um die Abgrenzung der verschiedenen, höchst mannigfaltigen Jurisdiktionsrechte und deren Ausübung sowohl durch ordentliche, als besonders auch durch Delegatenrichter[11]). Die Untersuchung, wer der kompetente Richter sei, ist in jener Zeit die Untersuchung, welchem Gerichtsherrn die Jurisdiktion über die Person oder Sache zustehe[12]). Diese richtete sich

9) S. bes. Stobbe, Jahrb. des gem. d. Rechts I. S. 427 ffl. In dem Maaße, als der Stand entscheidet, kommt dann auch der Grundbesitz nicht mehr in Betracht. Wetzell Not. 24 ffl.

10) S. die Zusammenstellung bei München I. S. 33 ffl. Sehr ausführlich eine Repetitio in § contrah. c. roman. VI. de foro comp. auch Placentin. tr. de foro comp. (tract. tractatuum p. III.).

11) Diesen Sinn haben alle die Untersuchungen der kanonistischen Schriftsteller. Regel ist: actor forum sequitur rei; d. h. man muß den Verklagten bei seinem Gericht belangen. Das ist in dubio das ordentliche Gericht des Jurisdiktionsherrn, unter dem er wohnt. Aber nun kann doch ein Delegatenrichter bestellt werden. Außerdem aber kann die Befugniß zur Rechtspflege auch ausnahmsweise apud non suum judicem begründet werden, z. B. ratione contractus, possessionis, delicti u. s. w. So Tancred. ord. jud. II. 1; Gratia. I, 2. Durant. II, 1 de comp. jud. ad. § 1; u. die Addit. des Andreae u. Bald. ad. h. tit.

12) Das wird in den seitherigen Darstellungen total übersehen, daß die

selbstverständlich zunächst nach den ständischen, also persönlichen Verhältnissen. Indessen ist es klar, daß der patrimonial-feudale Karakter der Jurisdiktion zugleich auf einen territorialen Umfang ihrer Geltung hinweist und daß mithin, wenn auch an sich der Gerichtsunterthan durch Aufenthalt außerhalb des Gerichtsbezirks seinem Gerichtsherrn nicht die Gewalt über seine Person [13]) vergeben konnte, doch umgekehrt der Jurisdiktionsinhaber der Meinung sein mußte, an dem, was sich in seinem Bezirke fand, das Jurisdiktionsrecht in Anspruch zu nehmen [14]). Die Berechtigung der freien Wahl des zuständigen Gerichts durch die Betheiligten aber war eben so gewiß nach der einen Seite hin durch das patrimoniale Herrschaftsrecht begrenzt, als andrerseits bei dem bunten Ineinandergreifen und der Unständigkeit des Gerichtswesens in gewissem Maße unentbehrlich. Immerhin hatte unter solchen Umständen freiwillige Unterwerfung (Prorogation) [15]) eine bedeutende Stellung [16]); weit bedeutender, als nach den heutigen Verhältnissen dazu Veranlassung. War doch schließlich die aus dem Willen der Parteien hervorgehende Unterordnung das einzige Mittel, um über die schwierigen Untersuchungen der Kompetenz wenigstens theilweise hinwegzukommen. Absoluter Zwang hätte dem Geiste des Kan. Prozesses widersprochen; auch hier wieder der Form nach verhältnißmäßig freie Bewegung der Parteien, allein auch hier immer nur innerhalb bestimmter Regeln.

IV. Die Lehre von der Kompetenz im heutigen Sinne ist

Kompetenz damals einen ganz andern Sinn hatte, nämlich hauptsächlich Ausmittlung des zuständigen Gerichts innerhalb der bunten Verhältnisse verschiedener Gerichtsherrn, während sie jetzt Ausmittelung des zuständigen Gerichts unter den Gerichten desselben Jurisdiktionsinhabers ist.

13) Denn diese Gewalt erscheint ja doch dem patrimonialen Wesen als eine Art wohlbesessenes Privatrecht.

14) So ist die Begründung der Kompetenz ratione delicti, possessionis, contractus u. s. w. zu verstehen. S. Tancred. l. c, dem Durant. fast durchweg folgt.

15) Davon s. bes. Damas. p. 83 sqq.

16) Die ganze Lehre von der Kompetenz hat daher einen höchst zufälligen, den Standes- und Jurisdiktionsverhältnissen entsprechend verwickelten Karakter. Durant. l. c. kennt ein forum sortiri aus 22, Marant. Spec. aur. P. IV. dist. 8 Not. 1 aus 52, der (in der Schematistik exzessive) Scacc. de jud. I. c. 40 n. 6 blos 119 Gründe.

erst möglich geworden in dem ständigen Staatsgerichtswesen der modernen Zeit [17]).

Die Kompetenz hat denselben ständigen Karakter, wie die Einrichtung der Gerichte. Willkührliche Bestimmung derselben erscheint jetzt nur noch als eine Ausnahme. Die Kompetenz der vom Staate eingesetzten Gerichte ist eine ein für allemal feste; ihre Bestimmung ein Stück der öffentlichen Rechtsordnung und daher im Ganzen von legalen, über dem Privatwillen stehenden Kriterien abhängig.

Als solche Kriterien dienen theils persönliche, theils sachliche Momente.

Es entscheidet einmal und zwar hauptsächlich die Anwesenheit der Person in dem Gerichtsbezirk. Und zwar insofern schon die blos thatsächliche, gleichviel wie geartete, Anwesenheit, als dadurch die Person der Ladung und Ergreifung sammt deren weiteren Folgen von Seiten des Gerichts ausgesetzt ist (§ 63). Als Regel aber wird vorausgesetzt, daß die Person in dem Gerichtsbezirk dergestalt anwesend sei, daß sie daselbst ihr Domizil habe [18]). Indessen neigt sich die neueste Gesetzgebung nicht selten dahin, als letzte Konsequenz des territorialen Prinzips der Gerichtsbarkeit, sogar schon den blosen Aufenthalt, im Gegensatze des eigentlichen Domizils, als Kompetenzgrund aufzustellen (§ 59, 26).

Die Kompetenz kann aber auch sachlich begründet werden. Zunächst im Anschluß das römische und germanische Recht durch Vorhandensein eines Grundbesitzes im Gerichtsterritorium; die natürlichste Folge des Territorialitätsprinzips. Sodann aber auch durch Anwesenheit anderen Vermögens in dem Bezirke; eine weitere Konsequenz des Gedankens, daß die Gerichtsgewalt alles in ihrem Bereich Befindliche ergreift (§ 60. 63). Dieselbe ergreift sogar

17) Die ältere Lehre schließt sich ganz an den kan. Standpunkt an u. bietet eigentlich nur zerstreute Einzelheiten; s. z. B. Gaill. obs. II. 35. 36. dgl. Mynsinger. s. v. judex u. for. comp.; Chilian König, tit. de prorog.; Nicolai, proc. jud. c. 19 (schon ungleich rationeller); bes. bedeutend Carpzov. proc. jur. III, 1 ffl. u. IX, 2; Voet. comm. vol. II. p. 71 sqq.; Danz § 26; Claproth § 30; Martin § 42 u. Gensler, Komm. zu Martin S. 63 (fast durchweg ältere Vermischung von Jurisdiktion und Kompetenz).

18) S. § 59; das Domizil ist perpetuirliche, ideale Anwesenheit, wenn auch thatsächlich die Person abwesend ist; s. § 59.

die in ihrem Bezirk bestehenden, bzw. begründeten Forderungen, (§ 61) und es ist nur eine Wirkung derselben Idee, daß Alles, was mit einer einmal dem betreffenden Gericht unterworfenen Sache in sachlicher Verbindung steht, demselben ebenfalls zu unterbreiten ist (§ 64).

B. Die einzelnen Gerichtsstände.

1. Gesetzliche.

§ 59.

a. Genereller Gerichtsstand des Wohnsitzes und der Heimath.

Martin § 48; Linde § 88; Heffter § 152; Schmid § 43; Bayer § 63. 64; Osterloh § 77; Wetzell § 40; Renaud § 29.

I. Im R.R. bestimmt sich ursprünglich, wie in jedem älteren Recht, die Gerichtsunterwerfung nach dem Bürgerrecht, begründet durch origo s. nativitas oder besondere Aufnahme, allectio. In diesem Sinn hatte der Römer sein Forum zu Rom, der Munizipale in seinem Munizipium, also in seiner Gemeinde [1]). So gewiß, daß in der Folge bei Ausbreitung der römischen Herrschaft und des römischen Bürgerthums für alle römischen Bürger, auch wenn sie noch einer besonderen Gemeinde angehörten, ein allgemeiner Gerichtsstand zu Rom, der gemeinsamen patria, bestehen blieb [2]).

Daneben entwickelte sich, zunächst als Aushülfe für die incolae bestimmt, welche der Gemeinde nur als Beisassen angehörten, die Unterwerfung durch den Aufenthalt [3]); sodann auch für die verbündeten Fremden, die sich unter römischer Obrigkeit aufhielten [4]). Nothwendig wurde dieses forum domicilii der incolae immer bedeutender (§ 58, 4). Denn nothwendig erschien bei zunehmen-

---

1) Savigny, Syst. Bd. 8 § 351; Rudorff, R.Gesch. II § 5 Not. 2 ffl.; Bethmann-Hollweg II S. 121; Wetzell § 40 z. A.

2) L. 33 ad municip. 50, 1; Cic. de leg. II, 2.

3) L. 239 § 2 de V. S. 50, 16. L. 7 Cod. de incol. 10, 39; so daß also for. originis der cives und domicilii der incolae neben einander steht.

4) Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 35.

dem Verkehr und lebhafterer Bewegung der Personen die durch den Aufenthalt gegebene thatsächliche facultas experiundi allmählig wichtiger, als die Rücksicht auf die origo [5]), welche sich auch aus dem Grunde verwischen mußte, weil an die Stelle der engen Heimaths- und Gemeindeangehörigkeit die Idee eines allgemeinen Staatsbürgerrechts trat. Während vordem das forum originis vor dem f. domicilii noch einen Vorzug genoß, der in dem jus revocandi domum seinen Ausdruck fand [6]), scheint allmählig umgekehrt das for. domicilii die Regel geworden und das for. originis nur noch insoweit zulässig geblieben zu sein, als zugleich Anwesenheit an demselben vorhanden war [7]). Und da schließlich alle Einwohner des Reichs für cives erklärt wurden [8]), war es ausgemacht, daß von dem forum originis derselben zu Rom nur die Rede sein konnte, wenn sie zu Rom angetroffen wurden, oder dort Besitz hatten [9]).

Man erkennt mithin deutlich, wiewohl ein völliger Abschluß fehlt, daß die römische Entwicklung von dem der Natur strenger und kleiner Gemeindeverbände entsprechenden forum originis [10]) zu dem der Natur eines umfassenderen Staatsverbandes entsprechenden forum domicilii hinstrebte [11]).

Im älteren deutschen Recht findet sich von Haus aus ebenso, wie im älteren R. R., nur ein forum originis. Grundlage der Gerichtsangehörigkeit war die Gau-, Stammes-, Volksgenossenschaft, aus der die Gerichtsversammlung hervorging [12]).

---

5) So ist L. 28 § 4 ex quib. caus. 4, 6 zu verstehen; und daraus erklärt sich, daß eine Menge von Stellen (s. Wetzell Not. 5) nur das for. domicilii, nicht das for. originis erwähnen.

6) Rudorff a. a. O., d. h. also, ursprünglich war für denjenigen, welcher irgendwo civis war, das for. domicilii freie Wahl.

7) Wetzell a. a. O.

8) L. 17 de statu hom. 1, 5.

9) Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 39.

10) Savigny a. a. O. S. 94. Ueber den nicht minder wichtigen Einfluß des for. solutionis s. § 61, I. A.

11) S. auch für die spätere Kaiserzeit „Bürgerrecht und Wohnsitz“ noch neben einander bei Bethmann-Hollweg III S. 185.

12) Vgl. Siegel, Gesch. des d. Gerichtsverf. § 14. Die Gerichtsangehörigkeit ist vielmehr ein Recht, denn eine Pflicht (Unterthänigkeit).

Daneben wurde indessen der dauernde Aufenthalt im Gerichtsbezirk [13]) als Grund angesehen, daß auch Nichtgenossen daselbst Recht zu nehmen hätten. Mit der Erweiterung und Verbindung der ursprünglichen Volksgemeinden zu einem Staatswesen waren überhaupt andere Rücksichten geboten, welche auch in Deutschland die Abschwächung des for. originis und die Stärkung des for. domicilii zur Folge hatten [14]). Daß dabei der Grundbesitz zugleich eine bedeutende Rolle spielt, ist bereits oben erwähnt worden (§ 58, 7).

Als jedoch in der Folge die Einheit der Gerichtsbarkeit, wie sie von den fränkischen Kaisern errichtet worden war, verloren ging, der Unterschied der Stände hervortrat und die Gerichtsbarkeit zu einem Recht einzelner Inhaber und zu einem Gegenstande unständiger Ausübung durch willkührliche Delegation wurde, mußte immermehr das deutsche Recht mit dem kanonischen darin zusammentreffen, daß in der That wieder vorwiegend origo, d. h. nunmehr die Gerichts- oder Herrschaftsangehörigkeit, das bestimmende Moment wurde.

Die mittelalterliche romanistische Lehre steht hinsichtlich der Behandlung des for. domicilii und originis an sich ganz auf dem Standpunkt des späteren R. R. Nur muß dabei wieder die Zerspaltung des Gerichtswesens unter verschiedenen Inhabern und nach Ständen mit erwogen werden. Je weniger es allgemein für Alle gültige Gerichte gab, desto wichtiger war zunächst die Frage, welcher Art von Gerichtsbarkeit Jemand unterworfen sei [15]). Die Untersuchung dieser Frage mußte oft jede weitere Feststellung der Kompetenz abschneiden [16]). Innerhalb der Standesverhältnisse

13) qui infra comitatum manent; Wetzell Not. 13; s. auch die Citate bei Renaud Not. 4.

14) Daß sich also mit a. W. nicht mehr auf die Stammeseigenschaft (jus revocandi domum) berufen werden mochte. — Vgl. Stobbe, Jahrb. des gem. d. R. I S. 430.

15) Darum fast allein drehen sich die Untersuchungen, wer der kompetente Richter (judex suus oder non suus) sei, bei Durant. II, 1 de comp. jud. adit. § 1; cf. auch Tancred. ord. jud. P. II tit. 1 § 3. —

16) Und damit tritt in den bunten ständischen und korporativen Verhältnissen doch eigentlich wieder mehr der Gesichtspunkt des for. originis hervor. Da Jeder seinen Stand mit sich herumtrug, so widerstrebte es,

aber und soweit nicht die feudal=patrimonialen Rechte entgegentraten [17]), war allerdings das for. domicilii anerkannt.

Zunächst war stets zu entscheiden, welcher Jurisdiktion Jemand vermöge seines Standes unterworfen sei und in diesem Sinne vermischt sich das forum domicilii vollständig mit dem Begriff des nach Herkunft und patrimonial=feudaler Angehörigkeit begründeten Jurisdiktionsrechtes [18]).

Nach Rezeption der fremden Rechte bis in die neueste Zeit, so lange das patrimonial=feudale Wesen der Gerichtsbarkeit dauerte, war auch in Deutschland nothwendig forum domicilii nicht das lediglich durch den Aufenthalt, sondern zugleich wesentlich durch den Stand und die Unterwerfung unter einen bestimmten Jurisdiktionsinhaber bedingte Gericht [19]). Erst mit Untergang des patrimonialen Justizwesens, unter der einheitlichen Gerichtsbarkeit des Staates und nachdem die Rücksichten auf ständische Verschiedenheit größtentheils oder ganz hinweggefallen, tritt der Gesichtspunkt der Herkunft zurück und entscheidet innerhalb der Alle gleichmäßig umfassenden und Delegation nicht mehr duldenden

---

Fremde um des blosen Aufenthaltes willen dem Gerichte des letztern zu unterwerfen. Daher die eigenen Gerichte der Kaufleute fremder Nation oder fremder Gilde an den Handelsplätzen. S. dazu auch § 61, 14. — Ueberhaupt hatte die consuetudo freiesten Spielraum; Grat. ord. jud. P. I tit. 2.

17) Nach denen es ein Eingriff in das Recht des Jurisdiktionsherrn erschien, wenn seinen Unterthan das einem andern Jurisdiktionsherrn angehörige Gericht des Domizils aburtheilen wollte.

18) Als Belege s. Tancred. ord. jud. II, 1 § 2. Durant. II, 1 de comp. jud. ad. § 1 nr. 1. Dyn. Muxell. regul. jur. pontif. 26 nr. 2. Marant. P. IV dist. 8; Scacc. de judic. I c. 40 nr. 6. — Daher ist denn auch das for. domic. in keiner Weise das erste, oder ein ausgezeichnetes forum; es bestimmt nur die Kompetenz des judex ordinarius, nicht aber des (ungleich wichtigeren, s. § 48, I) delegatus (s. dazu Bethmann=Hollweg, Vers. I S. 52) und wird sonst durchaus mit den Fällen auf eine Linie gesetzt, wo das Jurisdiktionsrecht eines judex aus anderm Grunde, z. B. ex delicto, rationis possessionis u. s. w., begründet erscheint.

19) Man vgl. nur Gaill. obs. II, 35. 36, der deshalb ein domicilium originis und habitationis zu unterscheiden sucht; Chil. König, der wie Andere nur vom „ordentlichen oder fremden Gerichtszwang" handelt. Besser Carpzov. proc. jur. III art. 1; Voet. comm. ad tit. dig. 5, 1 nr. 92 sqq. Aber man vgl. auch noch Claproth, ord. Proz. § 30; Martin § 42 und Gensler, Komm. zu Martin's Lehrb. § 42.

Staatsgerichtsbarkeit, nicht mehr über die Art, sondern über die Zuständigkeit der gleichartigen Gerichte, der Wohnort [20]). Was das römische Recht bereits andeutet [21]), ist hiermit, nach Ueberwindung der mittelalterlichen ständischen Jurisdiktionsverhältnisse, vollständig durchgeführt.

II. Unter der heutigen Staatsgerichtsbarkeit, welche jedem Gerichte einen örtlichen Bezirk anweist, bildet der Wohnsitz oder das Domizil den regelmäßigen und nächsten Kompetenzgrund. Der Wohnsitz bestimmt sich nicht nach Herkunft, Gemeinde- oder Staatsangehörigkeit, sondern er ist als rein faktisches Verhältniß lediglich da vorhanden, wo Jemand den Mittelpunkt seiner Existenz hat [22]). Es gehört dazu einmal die erkennbare Absicht, dauernd, wenigstens zur Zeit, wenn auch nicht für immer, an dem fraglichen Orte zu bleiben [23]), sodann aber die wirkliche Einrichtung des Haushalts. Daher denn auch die Beendigung, abgesehen von dem Tod [24]), Willen und Ausführung zugleich voraussetzt [25]). Ob Absicht und Thatsache der Begründung oder Aufhebung vorhanden sind, bleibt stets konkrete Frage [26]).

---

20) Das ist allein der Karakter des heutigen for. domicilii, den schon Carpzov. l. c. wenigstens andeutet, den aber selbst die neuesten Prozessualisten keineswegs scharf genug hervorheben.

21) weil es eine allgemeine Staatsangehörigkeit kannte; s. Not. 8.

22) Man vgl. die bekannte, höchst gesunde und daher durch sog. Feststellungen nur zu verquickende Definition der L. 7 Cod. de incol. 10, 39; cf. L. 2 Cod. ubi senat. 3. 24; L. 203 de V. S. 50, 16. — Ueber die gesammte Lehre vom Domizil s. unter den Aelteren bes. Voet. comm. ad tit. Dig. 5, 1 nr. 92 sqq.; sodann Glück, Komm. VI S. 264 ffl.; Savigny, Syst. III § 350 ffl. — Seuffert XV, 75.

23) Daher denn der Wohnsitz durch Reisen oder vorübergehenden Aufenthalt anderswo nicht unterbrochen oder beendigt wird. L. 17 § 11 ad municip. 50, 1. Wetzell Not. 40. — Keine ausdrückliche Erklärung nöthig; Seuffert XIV, 65.

24) Ein Uebergang auf die Erben findet nicht statt, eben weil der Wohnort kein Rechtsverhältniß ist; Wetzell Not. 62; aber das forum domicilii setzt sich bis zur Erbschaftsantretung als for. heriditatis jacentis fort, Martin § 48 Not. m., mitunter sogar noch nach der Antretung für die Erben; s. § 60, 21. 22.

25) L. 20 ad munic. 50, 1. Wetzell Not. 44. — S. dageg. (Verlegung des Wohnsitzes aus dem Inlande) Seuffert XVI. 73.

26) Daraus, daß man Alles schematisch fixiren will, entstehen eine

III. Jeder Mensch hat in der Regel einen Wohnort. Ausgenommen sind Vagabunden, die überhaupt keinen Wohnort haben wollen, und solche, die nach Aufhebung des seitherigen Wohnorts vorerst noch keinen neuen begründet haben [27]). Bei ihnen bleibt nur das forum arresti, oder der Rückgriff auf das Gericht der Heimath oder der Geburt, for. originis, übrig [28]).

Die Exterritorialität, welche die Gesandten und ihr Gefolge überhaupt der Gerichtsunterthänigkeit entzieht (§ 53, II), bewirkt folgeweise, oder kann doch so ausgedrückt werden, daß bei ihnen trotz der thatsächlichen Anwesenheit kein Domizil im Rechtssinne angenommen werden darf [29]).

Juristische Personen haben ihren Wohnsitz [30]) am Mittelpunkt

---

Masse theoretischer Schwierigkeiten, ohne daß das Ziel erreicht würde. S. Schmid S. 80; Martin, Vorl. I S. 315 u. A. — Daher der Streit, ob der Pächter am Pachtort seinen Wohnsitz habe, zumal bei Zeitpacht (Wetzell Not. 40; Renaud Not. 6; Seuffert XI, 108), der sich vernünftigerweise allgemeinhin gar nicht entscheiden läßt. Aehnlich wegen der Militärs im Dienste, die als Berufssoldaten, oder als nur zu vorübergehendem Dienste eingezogen ganz verschieden behandelt werden müssen; wegen der Studenten s. L. 2 Cod. de incol. 10, 39; L. 2 Cod. ubi de crim. 3, 15; Gloss. ad Clem. 1 de privil. 5, 17; wobei denn häufig noch immer Standesrücksichten eingemischt werden, Tancred. l. c. (ed. Bergmann) p. 130; Wetzell Not. 41. Daß man umgekehrt der Geschäfte halber sich aufhalten kann, ohne ein Domizil zu begründen, s. L. 27 § 1 ad municip. 50, 1. — Neueste Gesetze helfen sich immer häufiger so, daß sie für solche Personen einen Gerichtsstand des Aufenthalts statuiren; vgl. § 58, IV; Han. P.O. § 5; Bad. § 25; D. E. § 14; Preuß. E. § 16. 18; ebenso läßt man bei Ausländern, die sich im Inlande aufhalten, zu Gunsten der inländischen Kompetenz den blosen Aufenthalt entscheiden; s. Bad. § 58 ffl.; Bair. E. § 7; Preuß. E. § 4. — Renaud § 29, 11.

27) L. 27 § 2 ad munic. 50, 1.

28) Wetzell Not. 60. 61. Andere greifen auf den letzten Wohnort zurück, wozu aber schwerlich ein innerer Grund; Savigny VIII S. 102; Osterloh Not. 11; Renaud Not. 20.

29) Ihr Forum ist das Residenzgericht ihres Heimathlandes nach Bad. P.O. § 19; Han. § 6; D. E. § 11; Bair. Art. 4; Renaud Not. 25. — Ueber fürstl. Personen, Mediatisirte, sowie über im Auslande stationirte Beamte und Militärs s. Preuß. E. § 14.

30) Ob das kein eigentlicher Wohnsitz, sondern nur eine dem Wohnsitz „ähnliche Beziehung", s. Wetzell nach Not. 45, bleibt füglich dahingestellt.

ihrer Einrichtung, den oft Gesetz oder Statut ausdrücklich bestimmt, oder am Sitze der leitenden Behörde [31]). Aehnlich verhält es sich mit den Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften [32]), sowie den sonstigen Handelsgesellschaften [33]), welche ihren Gerichtsstand, und zwar ausschließlich am Etablissementsorte haben. In gewissem Sinne hat sogar das Geschäft des Einzelkaufmanns sein Domizil am Niederlassungsorte [34]). Und derselbe Widerstreit, wie zwischen der Rücksicht auf die Person des Inhabers und das objektive Geschäft [35]) kann auch sonst noch eintreten [36]).

In der Regel hat Jeder ein Domizil. Indessen kann der Einzelne, wie die Gesellschaft oder Korporation, auch mehrere Domizile haben [37]) durch Begründung mehrerer Haushalts- oder Geschäftsmittelpunkte [38]). In einem solchen Falle ist mithin die Möglichkeit gegeben, an jedem dieser Orte zu klagen [39]), sofern

---

Das forum hereditatis, s. § 60, 21, kann man ebenso leicht als fortgesetztes persönl. Forum des Erblassers, wie als sachliches der Erbmasse betrachten.

31) Wetzell Not. 46. 47. — Vgl. Preuß. E. § 11; am regelmäßigen Versammlungsort, Hannov. P.O. § 5; Bad. § 20; D. E. § 12; Bair. E. Art. 6. Der Fiskus am Sitze der vertretenden Behörde nach Preuß. E. § 13; an allen Kreisgerichtsorten Bad. P.O. § 21. Renaud Not. 26.

32) Endemann, Handelsrecht § 61, I. — H.G.B. Art. 213, 2; 247, 2.

33) S. das. § 16 Not. 22; § 38 Not. 12; § 51 Not. 2. H.G.B. Art. 111, 2; 164, 2. D. E. § 13.

34) S. das. § 16, IV; daher denn sogar das Nebenetablissement, wenn selbstständig, wieder ein eigenes Forum begründet; s. das. Not. 19. — Renaud Not. 32; Entw. des Schweiz. h. R. Art. 15. D. E. § 16.

35) Zur Erklärung s. Endemann, das. § 15.

36) Z. B. muß man, wenn, wie jetzt nicht selten geschieht, der Mann an einem gewissen Orte für sich, der Geschäfte halber u. s. w., ein Domizil begründet, seine Familie aber an einem andern Orte wohnen läßt, fragen, ob (was römisch-rechtlich außer Zweifel, aber nicht unseren Begriffen entspricht) das for. domicilii mehr da ist, wo das Oberhaupt der Familie wohnt, oder da, wo die Familie ist. Mindestens sollte hier doch zugleich ein Familiendomizil anerkannt werden.

37) L. 5. 6. § 2; L. 27 § 2 ad munic. 50, 1. c. 2 pr. X. de sepult. 3, 28; Gloss. ad c. un. Extrav. Joann. XXII de praeb. 3.

38) Preuß. E. § 3; Hannov. P.O. § 5. — Seuffert XVI, 74.

39) Martin § 48 Not. c. — D. E. § 9. — Wenn es neuerdings nicht selten vorkommt, daß besonders im Handelsverkehr die Kontrahenten

nicht etwa [40]) die Kompetenz eines jeden in gewissem Umfange eine ausschließliche ist.

Wenn Mehrere verklagt werden, welche verschiedene Domizilfora haben, so muß auf anderem Wege für die Einheit des Gerichtsstandes gesorgt werden (§ 44 II. B 4).

IV. Man unterscheidet domicilium voluntarium und necessarium. Letzteres ist da, wo ein bestimmter Wohnort, durch die öffentliche Gewalt zugewiesen, ohne deren Willen nicht aufgegeben werden darf [41]). So bei Staatsdienern, Militärs im Dienste [42]), Sträflingen [43]); ebenso bei Handelsgesellschaften, denen ein ausschließliches Forum des Niederlassungsortes ertheilt ist [44]).

V. Der Umfang des Wohnortsgerichtsstandes erstreckt sich

A. subjektiv zugleich auf die Ehefrau [45]), die denselben auch als Wittwe fortsetzt [46]), auf die ehelichen Kinder, bis sie einen eigenen Gerichtsstand erwerben [47]), während uneheliche der Mutter

---

für die Erfüllung des Vertrags „Domizil wählen" (wie bei dem Wechsel), so ist das nur eine Art der Prorogation.

40) wie bei dem Gerichtsstande des Handelsetablissements der Fall; s. Not. 34.

41) So schon im R. R. bei Relegirten, Beamten u. s. w. L. 11 de senat. 1, 9; L. 22 § 5. 6. L. 23 ad munic. 50, 1; auch bei Pupillen, Osterloh Not. 4, denen jetzt der Preuß. E. ein absolutes Domizil am Orte der Obervormundschaft (loco patris) gibt; § 10.

42) Ueber diese s. L. 23 § 1 ad munic. 50, 1; vgl. oben Not. 26. Sie sollen das Forum sogar behalten (?), wenn sie faktisch anderswo wohnen; Seuffert XII, 302.

43) L. 22 § 3 eod. tit. — Wetzell Not. 48 ffl.

44) S. Not. 32 ffl. Die ganze Unterscheidung von dom. vol. und nec. ist innerlich schwach und verdient daher nicht viel Worte.

45) L. 38 § 3 eod. tit. 50, 1; L. 9 Cod. de incol. 10, 39.

46) Bei Trennung der Ehe auf anderem Wege handelt es sich um ihren eigenen Wohnort, der freilich, wenn sie an dem nämlichen Orte bleibt, derselbe sein kann. Wetzell Not. 55; neuere Ges. lassen nach dem Not. 26 a. E. berührten Prinzip sogar den faktisch getrennten Wohnort der rechtlich nicht geschiedenen Ehefrau gelten. — Hannov. P.O. § 7; Preuß. E. § 7.

47) Hannov. P.O. § 7; Preuß. E. § 8; was schon dadurch der Fall sein kann, daß sie als Soldaten, Schüler, Dienstboten u. s. w. auswärts gehen; s. Not. 26. — Seuffert XV, 84.

folgen [48]); mitunter sogar auf Dienstboten, Gesellen und Gehülfen [49]).

B. Objektiv ist die Unterwerfung unter dieses Forum für die betreffende Person oder das betreffende Handelsgeschäft (Not. 32 ffl.) eine totale. Alle Klagen, welche sich gegen die Person richten, oder aus dem Geschäftsverkehr des domizilirten Etablissements [50]) stammen, müssen daselbst angenommen werden, auch wenn für die einzelnen sonst noch anderswo ein Gerichtsstand begründet wäre [51]).

VI. Das forum originis ist daher größtentheils verschwunden. Der Mensch trägt sein Recht nicht mehr in seiner Person mit sich, sondern lebt und wandelt unter dem Netz territorialer Kompetenz.

Einst die wichtigste Basis der Zuständigkeit, ist die Heimath nur noch ein Nothbehelf für Vagabunden, uneheliche Kinder oder Personen, bei denen sonst die Voraussetzungen eines eigentlichen Wohnorts fehlen [52]).

b. Spezieller Gerichtsstand

§ 60.

aa der gelegenen Sache.

Martin § 51; Linde § 90. 96; Heffter § 157; Schmid § 45; Bayer § 65; Osterloh § 79; Wetzell § 41; Renaud § 33.

I. Im R. R. fehlt dieses Forum ursprünglich ganz und gar. Wenn auch anerkannt war, daß die Einweisung in den Besitz u. dgl.

---

48) L. 3. 4. 6 § 1 ad munic. 50, 1. Savigny, Syst. VIII S. 62; was man oft auch forum originis nennt. — Hannov. P.O. § 7 a. E. Preuß. E. § 9.

49) S. darüber Wetzell Not. 57. Wenn sich das nur als Gewohnheitsrecht der guten deutschen Sitte, wonach solche Personen „zur Familie gezählt werden", rechtfertigen soll, so ist das gewiß ungemein zutreffend nach den heutigen Verhältnissen.

50) bezw. der domizilirten Familie; s. Not. 45. 47.

51) Martin, Vorl. I S. 319 III. — Das for. domic. wird nur ausgeschlossen durch ein for. speciale exclusivum. — Vgl. Bad. P.O. § 18; D. E. § 9; Preuß. E. § 3.

52) S. die Not. 28. 48. Martin I S. 322; über eine noch bestehende umfänglichere Anwendung (Hamburg) s. Renaud Not. 14.

da zu geschehen habe, wo das Grundstück gelegen, so war doch der Prozeß über dasselbe von der Lage durchaus unabhängig [1]). Indessen verwies man später neben den Verhandlungen über den Besitz [2]) weiter den Streit um das Eigenthum [3]), endlich auch den über sonstige dingliche Rechtsverhältnisse der Immobilien [4]) zwangsweise an das Gericht der gelegenen Sache. Dafür sprach sowohl Zweckmäßigkeit [5]), als auch der tiefere Grund, daß die unter Kaisern immer schärfer hervortretende Idee der Staatsjurisdiktion dem lokal begrenzten Gericht unbedingt die Herrschaft über den sein Territorium bildenden Grundbesitz zuweisen mußte (§ 58, 6). Insoweit wurde also die Sache Kompetenzgrund, während es bis dahin nur die Person gewesen war. Jedoch nur in der Weise, daß der Kläger die Wahl hatte zwischen dem forum rei sitae und dem forum der Person [6]).

Nach altdeutschem Recht hatte von vornherein der Grundbesitz als untrennbare Bedingung der vollen Freiheit, Rechts- und Gerichtsfähigkeit eine ganz andere Stellung [7]). Man begreift, daß, nachdem die Jurisdiktion ein Herrschaftsrecht wurde, jedem Gericht die Gewalt, und zwar die ausschließliche über den zu seinem Bezirk gehörigen Grundbesitz zu gebühren schien [8]).

---

1) Bethmann-Hollweg, Civilproz. II S. 118 Not. 24—26.

2) L. un. Cod. ubi de hered. 3, 20 und tit. Cod. ubi de poss. 3, 16. — Ueber erstere Stelle s. Wetzell a. a. O. Not. 52. L. 38 de jud. 5, 1 bezeugt dies Forum nicht. Bethmann-Hollweg III S. 186.

3) L. 3 Cod. ubi in rem 3, 19 (a. 385).

4) Nov. 69 c. 1; Bethmann-Hollweg III § 146, 8 und Vers. S. 61.

5) Bequemste Ermittlung und Exekution (insofern nahe an die Idee des forum solutionis anschließend), seit diese auf die Sache selbst ging; s. § 142 u. 252, II C.; Wetzell § 46 Not. 21. Puchta, Kurs. II § 188; und bes. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 53 ffl.

6) L. 3 Cod. cit. Wetzell Not. 46.

7) Walter, Deutsche R.G. § 650; Bethmann-Hollweg, Vers. S. 71; s. oben § 58, 7.

8) Zeugnisse s. Wetzell Not. 47; Renaud Not. 3; Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 146; eine Kollision mit dem forum der Person war nicht möglich, da persönliche und sachliche Gerichtsangehörigkeit zusammenfiel.

Das Gleiche erkannte das kan. R. [9]), sowie von jeher die Lehre an [10]). Das forderte das Interesse des Gerichtsherrn. Grundbesitz war mithin so gut ein Grund der Unterwerfung unter die Gerichtsherrschaft [11]), wie die persönliche Zugehörigkeit. Neben den letzteren (§ 58, 15 ffl.) mußte daher die sachliche Zugehörigkeit, und zwar naturgemäß in der Regel elektiv [12]), treten. Ebenso naturgemäß freilich war es, daß in der Regel die Unterwerfung nur auf diesen Grundbesitz sich bezog, also nicht in dem Sinne generell alle Rechtsverhältnisse nach sich zog, wie die persönliche Unterwerfung. Nichtsdestoweniger verlangte man mitunter, zufolge der auf möglichst weitgehende Okkupation des Jurisdiktionsrechts abzielenden Auffassung, wegen des Grundbesitzes den Huldigungseid und damit sogar völlige Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt hinsichtlich aller Klagen (voller Landsassiat), wonach denn selbst dem Umfange nach Grundeigenthum als Kompetenzgrund dem Wohnorte gleichstand [13]).

In der modernen Staatsgerichtsbarkeit fällt zwar zwischen den Gerichten desselben Landes das Interesse hinweg, welches in der patrimonialen Zeit zu der Behauptung der Ausschließlichkeit oder gar des vollen Landsassiats führte [14]). Allein seine innere Rechtfertigung findet das forum rei sitae auch jetzt noch nicht blos durch Zweckmäßigkeitsrücksichten, sondern vornehmlich durch den territorialen Karakter der Staatsgerichtsbarkeit, welcher in dem Begriff des Sprengels gerade den Grund und Boden der Gerichtsgewalt unterwirft.

---

9) c. 3 X. de for. comp. 2, 2; c. 20 eod.

10) Der Grundbesitz ist Ursache der Unterwerfung unter einen (nach der persönlichen Zugehörigkeit, s. § 59, 15) non suus, alienus judex. Tancred. (ed. Bergmann) p. 129; Damas. tit. 11 v. 20.

11) Vgl. darüber § 58, 8. 9. In diesem Sinn behandeln die mittelalterlichen Juristen allein das for. rei sitae.

12) Da sich nicht wohl entscheiden läßt, ob die Unterwerfung der Person, oder die Unterwerfung der Sache unter das Gericht stärker zieht. Bethmann-Hollweg, das. S. 72.

13) Wetzell § 40 Not. 30 ffl.; s. unten Not. 33.

14) Indem dem Gerichtsherrn daran gelegen sein mußte, die Jurisdiktion anderer Herren über den in seinem Territorium gelegenen Grund und Boden abzuwehren. —

II. Aus der angedeuteten Entwicklung erklärt sich, daß die praktische Stellung des for. rei sitae vielfach schwankt. Man zweifelt,

A. ob sich dasselbe nur auf Immobilien bezieht, oder auch auf bewegliche Sachen. Wenn auch angenommen werden dürfte [15]), daß das R. R. diesen Gerichtsstand auf Mobilien erstreckte, so ist doch ausgemacht, daß das germanische und mittelalterlich=romanische Recht nur Immobilien als geeignete Grundlage ansah [16]). Da aber die besondere Qualifikation des Immobilienbesitzes, welche die ältere wirthschaftliche Auffassung unterstellte, in dieser Weise nicht mehr aufrecht erhalten wird [17]), so ist man jetzt geneigt, das forum rei sitae auch auf Mobilien anzuwenden [18]), d. h. das territoriale Prinzip der Gerichtsgewalt auch die in ihrem Bezirk befindlichen Mobilien ergreifen zu lassen [19]). Indessen, obwohl manche neuere Gesetze dies anerkennen [20]), fehlt es nicht an Abweichungen der partikularen Praxis, welche ihren guten Grund darin haben, daß doch der Aufenthalt von Mobilien innerhalb des Sprengels in ganz anderer Weise ein zufälliger oder vorübergehender sein kann, als bei Immobilien der Fall.

Ob auch die Erbschaft ein forum rei sitae begründet, ist nach den römischen Quellen bestritten [21]). Indessen erscheint es

---

15) Was keineswegs so sicher erscheint, wie Bethmann=Hollweg a. a. O. Not. 144. Wetzell 6 Not. 41 meinen. Vgl. darüber auch Schmid Not. 18; Osterloh Not. 11; Renaud Not. 5.

16) Für Mobilien blieb nur das forum arresti; s. § 63.

17) Vgl. auch § 257. Endemann, nat.ök. Ans. § 13.

18) Bethmann=Hollweg a. a. O. Not. 144.

19) Das ist der Grund; nicht aber, wie die Rechtslehrer die Sache gewöhnlich darstellen, als ob die Praxis nur (aus Willkühr oder doktrineller Ueberzeugung) das röm. Recht dem kanon. germanischen vorzöge.

20) S. die Zeugnisse bei Renaud Not. 5. — Seuffert XII, 10.

21) Ueber die Auslegung der L. un. Cod. ubi de hered. 3, 20 s. Bethmann=Hollweg a. a. O. S. 63 ffl. Bayer § 65 a. E. Renaud Not. 17. Daraus folgt noch nicht, daß die hereditas als solche gleich einer Immobilie Grundlage der Kompetenz geworden. Aus Nov. 19 c. 1 aber ergibt sich, was damit noch nicht identisch, daß die hered. petitio (nicht aber andere gegen die Erbschaft oder aus der Erbschaft gegen den Erben gerichtete Klagen) der rei vind. gleichgestellt wurde. S. dazu Wetzell Not. 43. Fideikommisse konnten eingeklagt werden, ubi major pars hereditatis est; L. 50—52 de jud. 5, 1; ebendaselbst konnten die Erbschafts=gläubiger gegen die Fideikommissare klagen; s. Wetzell Not. 26. 27 und Renaud § 37, 3, welche diese Erscheinung als for. solutionis behandeln,

nach dem modernen Prinzip der Territorialität vollkommen gerechtfertigt, ein forum hereditatis jacentis in dem Sinne zu konstruiren, daß alle die Erbschaft betreffende Angelegenheiten dahin verwiesen werden, wo die Erbschaft gelegen ist [22]).

B. Man zweifelt ferner, ob das forum rei sitae nur elektiv mit dem forum domicilii konkurrirt, oder ausschließlich ist [23]). In der Regel wird theoretisch die elektive Konkurrenz vertheidigt, welche auch in manchen Partikulargesetzen Bestätigung findet [24]). Allein sehr häufig hält die Praxis [25]) und die neuere Legislation [26]) die Ausschließlichkeit wenigstens für Immobiliarklagen aufrecht [27]), mitunter freilich beschränkt auf echt dingliche im Gegensatz der unter III sonst zu erwähnenden Klagen.

---

ein Zusammenhang, auf den oben Not. 5 hingewiesen wurde. Vgl. über for. hered. Seuffert XVIII, 45. 172.

22) Im Gegensatz zu dem Domizilort des Erben. Die moderne Gesetzgebung erkennt fast durchweg ein solches Forum da an, wo der Erblasser seinen Wohnsitz hatte (L. un. cod. ubi fideic. pet. op. 3, 17; L. 19 pr. de jud. 5, 1), also am Mittelpunkt des universum jus (nicht zu verwechseln mit dem forum rei sitae einzelner res hereditariae). Man kann das ebensogut ein forum domicilii der hereditas nennen; vgl. § 59, 24; insbesondere für den Fall, daß mehrere Erben sind, die möglicherweise in verschiedenen Bezirken wohnen. Dasselbe dauert bis zur definitiven Erbschaftstheilung. Renaud § 29, 9. 10. Han. P.O. § 9; Bad. P.O. § 29; Bair. E. 9; D E. § 17; P. E. § 25.

23) Auch hier faßt die Doktrin die Sache so auf, als ob es sich einfach darum handle, ob das R.R. das germanisch-kanonische R. verdrängen soll, oder nicht, Wetzell Not. 48. 49, ohne zu beachten, daß es sich um Standpunkte des heutigen Gerichtswesens handelt, die weder mit dem einen, noch mit dem andern Etwas gemein haben.

24) Han. P.O. § 8; Bad. P.O. § 26 (nur dem Auslande gegenüber exklusiv; § 53 Nr. 1).

25) S. auch Wetzell Not. 49; Renaud Not. 22.

26) Pr. E. § 21; D. E. § 17; Bair. Art. 16.

27) Seuffert XVIII, 46. Das for. her. jacentis ist ausschließlich nach der Bad. P.O. § 29; nicht ausschließlich nach der Hann. P.O. § 9; Bair. E. Art. 9; D. E. § 17. — Eine andere Frage ist die, ob das for. rei sitae in dem Sinne ausschließlich sei, daß das ordentliche Gericht der Liegenschaft die Sondergerichtsbarkeit ausschließe, m. a. W., ob das for. rei sitae auch innerhalb der letztern oder nur innerhalb der ordentlichen möglich sei. Vgl. § 37. Im Verh. zur geistl. Gerichtsbarkeit s. Gaill. obs. I, 1 Nr. 4. Die Handelsgerichtsbarkeit kann kein for. rei sitae der Immobilien besitzen; s. § 42, 10.

C. Endlich herrscht häufig verschiedene Ansicht über den Umfang des forum rei sitae, hauptsächlich veranlaßt durch die dehnbare Ausdrucksweise der Nov. 69. Als anerkannt gilt, daß die Eigenthumsklagen, petitorische, wie negatorische, desgleichen die dinglichen Klagen um Pfandrecht, Servituten und andere dingliche Rechte, sowie die hereditatis petitio hieher gehören [28]). Dagegen wird die Zulassung der Theilungsklagen [29]) als actiones mixtae, so wie der actiones in rem scriptae [30]) und vollends der Besitzinterdikte, welche einen persönlichen Karakter haben sollen [31]), angefochten. Es erhellt jedoch, daß die Unterscheidung nach dem dinglichen oder persönlichen Wesen der Klage weniger maßgebend ist, als das Klagobjekt. Aus diesem Grunde ist denn die Praxis und die Gesetzgebung geneigt [32]), auch gemischte und sogar rein persönliche Klagen, wenn sie die Leistung von Sachen betreffen, vor das Gericht des Liegenschaftsortes zu ziehen.

Andererseits ist der sog. volle Landsassiat, wonach Grundeigenthum in dem Bezirk eines Gerichtes generelle Unterwerfung wegen aller Klagen begründet, neuerdings in der Regel aufgegeben [33]). Das forum rei sitae bleibt mithin, abgesehen von der partikularrechtlich etwa noch bestehenden Ausnahme des vollen Landsassiats, ein spezieller Gerichtsstand.

---

28) Wetzell § 41 Not. 42 ffl.; Renaud Not. 8 ffl.

29) Bayer a. a. O. will nur die act. fin. regund., als auf Immobilien bezüglich, zulassen, nicht die act. comm. div. und fam. hercisc. S. dagegen Bethmann-Hollweg, Vers. S. 69; Wetzell Not. 44; Renaud Not. 12. 15.

30) Martin, Vorl. I S. 331; Wetzell Not. 45; Renaud Not. 11.

31) Renaud Not. 16. Wenigstens die int. retin. possessionis; die int. adipisc. poss. lassen dagegen Viele zu. Osterloh S. 158; Martin, Vorl. I S. 322. Die Praxis aber ist nicht selten geneigt, überhaupt das Possessorium bei Immobilien an das for. rei sitae zu verweisen; s. § 64, III B 3.

32) S. z. B. Preuß. E. § 21 ffl. — D. E. § 17.

33) Ueber dieses namentlich in den sächs. Ländern einheimisch gewesene Institut s. Wetzell § 40 Not. 27 ffl. Renaud § 29, 13. Eine Reminiscenz an derartige Occupation findet sich noch, wenn (z. B. Old. P.O. Art. 19 § 3) die Anwesenheit von irgendwelchem Vermögen im Bezirke Ausländern gegenüber die Zuständigkeit für jederlei Klagen begründet, oder das for. arresti im Sinne des § 63, III gilt.

14

III. Wenn das Objekt, welches die Grundlage dieser Kompetenz bildet, in mehreren Bezirken zerstreut ist, so entscheidet entweder die Lage der Hauptsache, zu der sich die übrigen Theile nur als Zubehörungen verhalten[34]), oder es muß, wo ein solches Unterordnungsverhältniß nicht existirt, oder geradezu eine Mehrheit selbstständiger Objekte vorliegt, Kommission auf ein oder das andere Gericht erwirkt werden (§ 44 II. B. 4).

IV. Daß das forum rei sitae um der Qualität des Streitobjekts willen ein privilegirtes sein kann, erhellt aus Früherem (§ 44, I. B.). Die persönlichen Privilegien des Verklagten dagegen kommen für das forum rei sitae, soweit es ein sachlich ausschließliches ist, selbstverständlich nicht in Betracht.

§ 61.

bb. des Vertrags- oder Erfüllungsortes.

Martin § 52; Linde § 91; Heffter § 155; Schmid § 46; Bayer § 66; Osterloh § 80; Wetzell § 41 I.; Renaud § 36.

I. Das forum contractus s. solutionis findet sich schon A. im R.R.[1]). Wenn ursprünglich ein Jeder vor dem Abstammungs- oder Heimathsgericht Recht zu nehmen hatte, so ließ doch von jeher[2]) die Idee des Heimathsgerichts der Idee freiwilliger Wahl eines andern Gerichts vollkommen Raum[3]). Durch Uebereinkunft konnte man sich auch einem

---

34) Wenn Osterloh a. a. O. Not. 14 sagt: „oder wo der größere Theil gelegen ist", so beziehen sich die röm. Belegstellen nur auf das for. hered. jacentis. Aber, wenn auch bei den Klagen auf Fideikommisse das R.R. in dem Umstand, ubi major pars hereditatis est, einen Kompetenzgrund erkennt (Not. 21), so paßt das doch schwerlich nach dem modernen Gesichtspunkt, der der hereditas ihr Domizil am Hinterlassungsorte anweisen muß.

1) S. darüber außer Wetzell a. a. O. bes. noch Albrecht, über das for. contr. 1845; Savigny, Syst. Bd. 8 S. 205 ffl.; Bethmann-Hollweg, Vers. S. 16; Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort, 1862.

2) Bethmann-Hollweg, I. S. 42 Not. 10.

3) Bethmann-Hollweg II. § 74; wenn Wetzell a. a. O. Not. 7 die freie Willensbestimmung als Grundlage verwirft und dagegen die „örtliche Bestimmtheit der Obligation" setzt, so geht doch wohl die letztere

andern, als dem Heimathsgericht unterwerfen. Und es erhellt, daß durch die Anerkennung dieser Möglichkeit nicht minder dem Bedürfniß eines vermehrten und mobileren Verkehrs Genüge gethan wurde, wie durch die Heranbildung der Wohnortskompetenz (§ 59, I.). Zunächst mochte sich Jemand durch die vertragsartige Litiskontestation oder durch Abschluß einer stipulatio judicio sisti bei der in jus vocatio[4]) verpflichten, vor einem von Haus aus ihm fremden Richter zu verhandeln und Sentenz zu nehmen. Ebenso konnte aber auch schon gelegentlich eines Vertragsschlusses ausgemacht werden, daß eventuell die daraus entspringenden Differenzen bei einem beliebig benannten Gericht ausgetragen werden sollten. Es war ferner nur die Unterstellung natürlicher Vertragsabsicht, wenn man annahm, daß bei stricti juris negotia die bestimmte Verabredung eines Erfüllungsortes[5]) die Unterwerfung unter das Gericht des letztern involvire. Noch einen Schritt weiter erschien endlich sogar die Annahme gerechtfertigt, daß ohne alle förmliche oder ausdrückliche Benennung des Erfüllungsortes in jedem Vertrage die Absicht der Kontrahenten vorhanden sei, da Recht zu nehmen[6]), wo derselbe erfüllt werden soll.

Man erkennt darin deutlich das Fortschreiten der Verkehrsverhältnisse, das sich den immer unbequemeren Rückgriff auf das Heimathsgericht zu ersparen suchte[7]). Man versteht sodann, daß, während die ausdrückliche Vereinbarung der Gerichtsunterwerfung oder die ausdrückliche Fixirung eines Solutionsortes ursprünglich ein nothwendiges und ausschließliches Forum begründete, je form-

---

ihrerseits aus dem freien oblig. Willen hervor. — Vgl. auch Rudorff, R.G. II. S. 84; Purgold, Arch. f. civ. Prax. Bd. 43 S. 103; Chop, Arch. f. prakt. R.W. Bd. 10 S. 155.

4) Puchta, Kurs. II. § 160.

5) L. 1 de eo quod certo loco 13, 4; § 33 Inst. de act. 4, 6.

6) Bethmann-Hollweg II. S. 126. Es gilt dies von allen Geschäften; s. das. Not. 5. — Daß nicht der Kontrakts-, sondern der Solutionsort nach R.R. entscheidet, wird jetzt wohl nicht mehr bezweifelt werden; s. das. Not. 7.

7) Auf diesem Gerichtsstande der Solution mußte hauptsächlich die Jurisdiktion des praetor penegrinus beruhen. Bethmann-Hollweg, das. Not. 22.

loser die Begründung schon durch irgend welche, selbst stillschweigende Bestimmung eines Solutionsortes stattfand, desto mehr sich die Idee einer elektiven Konkurrenz mit dem forum domicilii s. originis entwickelte [8]). Ausschließliche Bindung an das forum solutionis würde dem Verkehr ebenso leicht Nachtheile gebracht haben, wie ausschließliche Verweisung an das forum domicilii [9]). Gerade durch dieses forum solutionis wurde die Idee des aus der Abstammung oder Gemeindeangehörigkeit fließenden Kompetenzrechtes am deutlichsten durchbrochen und der Gesichtspunkt einer nach der rein objektiven Thatsache der Ortsbestimmung bestimmten Kompetenz aufgestellt. Zugleich erhellt, daß die Ausbreitung des letztern gleichen Schritt hielt mit der Absorption der Einzelgemeindegerichte durch die allumfassende Staatsgerichtsbarkeit des Kaiserthums, welche Jeden einem jeden Gericht des Reichs angehörig oder unterthänig macht [10]).

B. Während das älteste deutsche Recht von diesem erst einem gesteigerten Verkehr unentbehrlichen Forum kein Zeugniß aufweist [11]), erkennt die spätere Zeit an, daß durch Vertrag Unterwerfung unter ein anderes als das Heimathsgericht möglich sei [12]). Auch das kanonische Recht und die romanische Doktrin wiederholen den römischen Satz, daß man sich durch das Versprechen der Erfüllung an einem gewissen Ort verpflichte, dort die Klage anzunehmen [13]). Allein nothwendig waren die Ständeverhältnisse und der patrimoniale Karakter der Jurisdiktion der freien Hand-

---

8) L. 19 § 4 de jud. 5, 1.

9) Daher denn selbst bei besonderer Bezeichnung eines Erfüllungsortes in stricti jur. negot., wo früher nur an diesem Orte die condictio certi angestellt werden konnte, durch die actio arbitraria de eo quod certo loco die Aushülfe einer Klage am Domizilort zu gewähren war. L. 2 h. t. 13, 4; L. 16 de pec. const. 13, 5. Wetzell Not. 9; Rudorff II. S. 84 a. E. Bethmann-Hollweg Not. 13 ffl.

10) In der Nov. 69 c. 1 wird das for. solutionis bestätigt; einfach unter Hinweis auf gewisse Vortheile, Beweiserleichterung, Kostenersparniß u. dgl. Andere Zeugnisse s. bei Bethmann-Hollweg III. S. 186, 5.

11) Walter, d. R.G. § 650.

12) So schon Sachsensp. III. 25 § 2.

13) c. 17. 18. 20. X. de for. comp. 2. 2. c. 1 in VI. de privil., 5. 7. — Tancred. II. 1 § 2; Durant. II, 1 de comp. jud. § 1 nr. 2.

habung des Forums ungünstig, welches lediglich aus Privatwillkühr hervorging (s. § 58 III. a. E. u. § 66 II.). Handelte es sich doch darum, nicht blos ob man willkührlich durch Vertrag unter demselben Jurisdiktionsherrn anstatt des Domizilgerichtes das Vertragsgericht wählen, sondern ob man sich seinem Jurisdiktionsherrn entziehen und einem andern unterwerfen könne[14]). Unvermeidlich war bei Verrückung der Grundlagen die ganze Lehre de eo quod certo loco vielen Dunkelheiten ausgesetzt[15]).

C. Eine weitere Wandlung trat innerhalb der modernen Staatsgerichtsbarkeit ein, welche vollends ihre Organisation durchaus über den Privatwillen erhebt. Die Zuweisung der Gerichtsunterthanen an das einzelne Gericht kann nicht mehr von der Willkühr der Einzelnen abhängen (§ 58, IV.). Aus diesem Grunde neigte man sich, während früher der Gesichtspunkt des Kontrakts- und des Solutionsortes vermischt worden war[16]), immer mehr dem Begriff des forum contractus zu. Das heißt: nicht die Vereinbarung des Erfüllungsortes entscheidet, sondern dem territorialen Prinzip entsprechend wird durch die Thatsache des Vertragsschlusses die Unterwerfung unter das Gericht, in dessen Bezirk derselbe stattfand, begründet[17]). Indessen ergibt sich doch leicht, daß nach dieser Ansicht die Kompetenzbegründung häufig zur reinen Zufälligkeit wird. Die Doktrin ist deshalb mit Eifer auf den römischen Begriff des forum solutionis zurückgegangen. Der Kontraktsort soll nur als vermuthlicher Solutionsort Werth

---

14) Ueber dies Bedenken vgl. z. B. Gaill. obs. II. 1 nr. 4 u. 36 nr. 14. Daraus erklärt sich auch die Errichtung eigener Gerichte, namentlich des Handelsstandes, für den das forum contractus immer am wichtigsten war, an den Meß-, Markt- oder Handelsorten S. § 59, 16.

15) Die materielle Lehre von dem Erfüllungs- und Vertragsort ist bekanntlich erst in neuester Zeit gereinigt worden. S. die Citate der Not. 1. Die prozess. Unklarheiten sind unten näher zu erwähnen. Ein umfassendes Bild der älteren Lehre gibt bes. Carpzov. proc. jur. III. 2 nr. 1—28.

16) S. Carpzov. l. c.

17) S. z. B. Voet. comm. V, 1 § 73; Martin § 53; Wetzell Not. 12; Renaud Not. 8 ffl.; s. noch Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 286. So ist es also keineswegs blos doktrinelles Mißverständniß des röm. R., sondern ein innerer Grund gewesen, der dazu trieb, die Idee des Solutionsforums zu unterdrücken.

haben. Dabei lehnt man zwar stets noch den Gesichtspunkt, daß der Wille der Kontrahenten der Grund der Kompetenz sei, ab und spricht lieber von einem „gesetzlichen" Forum des Erfüllungsortes[18]), welches mit dem forum domicilii elektiv konkurrirt[19]). Nichtsdestoweniger liegt in der Anerkennung des Privatwillens, der selbst innerhalb der Staatsgerichtsbarkeit zur Geltung kommen kann und muß, die eigentliche Grundlage des forum solutionis[20]).

II. Voraussetzung ist ein Vertragsschluß[21]), welcher zur Leistung, gleichviel ob von Geld, anderen Sachen, oder Arbeit, an einem andern, als dem Wohnort[22]) des Schuldners verpflichtet. Die Bestimmung dieses Leistungsortes kann selbst eine stillschweigende sein[23]). Derselbe kann auch für jeden Kontrahenten anders beredet werden[24]) Es bleibt mithin stets Sache der kon-

---

18) Der Erfüllungsort selbst hängt doch immer von dem Vertragswillen ab. — So Wetzell a. a. O. I. — Vgl. auch Han. P.O. § 10; Bad. P.O. § 31; D. E. § 20. Bair. Art. 10; P. E. § 19. —

19) Die elektive Konkurrenz hat auch die ältere Lehre wegen der positiven Zeugnisse anerkannt; L. 19 § 4 de jud. 5, 1; L. 16 § 1 de pec. const. 13, 5; c. 17 X de foro comp. 2, 2; aber man mußte doch geneigt sein, dem for. domicilii eigentlich den Vorzug zu lassen. Daher die mancherlei präservativen Voraussetzungen des for. contractus. Carpzov. l. c. § 2.

20) Alle im Folgenden zu berührenden Widersprüche entspringen aus dem Schwanken zwischen for. contractus u. solutionis, Unabhängigkeit oder Abhängigkeit von dem Privatwillen. S. dagegen die mancher Anfechtung zu unterziehende Begründung bei Wetzell Not. 2 ffl. — Vgl. auch § 59, 39.

21) Auf Obligationen ex lege (z. B. Restitution der dos) bezieht sich das forum solutionis nicht; L. 65 de jud. 5, 1; Wetzell Not. 23 ffl. Es hat in dem Vertragswillen seine Basis.

22) Denn alsdann würde das for. domicilii eintreten; d. h. mit diesem fällt das for. solutionis zusammen. Aber man hat zu unterscheiden: entweder haben die Kontrahenten gar keinen Erfüllungsort gewollt, d. h. sie haben gewollt, daß am Wohnort erfüllt werde; alsdann ist bei Wechsel oder Aufhören des Domizils nur nach dem neuen Domizil zu fragen; oder sie setzten den Wohnort als Erfüllungsort; alsdann bleibt die Kompetenz des for. solut. bestehen, wenn auch das Domizil aufhört, namentlich für die Erben. - L. 19 pr. de jud. 5, 1; Wetzell Not. 4 u. 12. — Seuffert XIX. 268.

23) Wetzell Not. 11; auch ein gesetzlicher, D. E. § 20.

24) Renaud Not. 14.

kreten Auslegung[25]), ob wirklich ein solcher fixirt ist, oder nicht[26]).

Daneben wird aber häufig noch verlangt:

A. Anwesenheit des Verklagten mit seiner Person in dem fraglichen Gerichtsbezirk. Dieses Erforderniß des älteren Rechts[27]) hatte das spätere R.R. bei größerer Mobilität unzweifelhaft aufgegeben[28]), und das Kan. R. sagt eigentlich nicht mehr[29]). Allein so, wie sie das forum contractus betrachtete (Not. 14), stellte die mittelalterliche Doktrin diese Voraussetzung auf[30]) und die Praxis beharrt dabei mitunter noch jetzt, trotz des Widerspruchs des größten Theils der Doktrin[31]), selbst nachdem an die Stelle des forum contractus wieder das forum solutionis getreten[32]).

B. oder daß der Verklagte wenigstens zugleich Gut am Orte habe[33]). Davon weiß das R.R. Nichts. Allein die moderne Praxis und Gesetzgebung[34]) sucht unwillkührlich zur

---

25) Beispiele s. bei Wetzell Not. 13 ffl. — Wenn die Verpflichtung dahin geht, gewisse Sachen zu restituiren, in dem Sinn, daß die Restitution stattfinden soll, wo eben sich die Sachen (Mobilien) befinden, so fehlt es an einem irgendwie fixirten Ort und ist mithin nur das for. domicilii begründet. Die erkennbare oder vermuthliche Absicht der Kontrahenten entscheidet, ohne daß es der künstlicheren Erklärung von Wetzell Not. 23—27 bedarf. — Daß die Ueberlieferung von Immobilien stets da zu vollziehen ist, wo sie liegen (vgl. for. rei sitae) u. die einer Erbschaft in dubio da, ubi major pars est (s. § 60, 34), stimmt mit dem Prinzip durchaus überein.

26) Die neueren Gesetzgebungen konstituiren meist die Kompetenz nach dem Solutions-, subsidiär nach dem Kontraktsort; Preuß. A.G.O. I. 2 § 148 ffl.; Han. P.O. § 10. Vgl. auch Seuffert XVII. 286; Ermittlung des Vertragsortes z. B. bei briefl. Abschluß s. das. XVI, 251.

27) L. 19 pr. 1 de jud. 5, 1; L. 1 de eo quod certo loc. 13, 4.

28) Nov. 69 c. 1. 2. Bayer a. a. O. Nr. 2; Martin, Vorl. I. S. 336; Osterloh Not. 16; Heffter § 164; Schletter's Jahrb. VIII. S. 301; Savigny a. a. O. S. 244.

29) Indessen ist über c. 1 § 3 in VI. de for. comp. 2, 2 viel Streit. Wetzell Not. 82.

30) Gaill. II, 36 nr. 14; Carpzov l. c. nr. 17.

31) S. darüber Renaud Not. 21 u. dessen Zeugnisse.

32) Wetzell Not. 83; Renaud Not. 22. 23; Seuffert XIII, 281. — Vgl. Preuß. E. § 16. Braunschw. P.O. § 34.

33) Wetzell Not. 81.

34) Die ältere Lehre erwähnt dies Erforderniß auch nicht. Denn daß

Begründung der Kompetenz territoriale Herrschaft über die Person oder die Sache. Ob das Gut in Immobilien oder Mobilien besteht, ist jedenfalls einerlei [34a]). Sehr verschieden aber wird die Frage beantwortet, ob nur irgend welches Gut des Verklagten, oder so viel erheischt wird, daß die Exekution der Schuld möglich erscheint.

III. Der Umfang des forum solutionis erstreckt sich auf alle Klagen, sowohl actiones directae, wie contrariae, aus gültigen Verträgen jeder Art [35]). Ob auf den Vertragsgegenstand selbst, derselbe bestehe, worin er wolle, oder das Interesse geklagt wird, ist einerlei [36]). Wo die Obligation oder die Fixirung des Solutionsortes [37]) gar nicht aus Vertrag herrührt, hat dieser Gerichtsstand keinen Platz. Im Einzelnen entstehen mancherlei Fragen, deren Lösung überall zeigt, daß der Vertragswille die wahre Grundlage dieses Forums bildet.

Klagen auf Rescission oder Nichtigsprechung eines Vertrags, oder auf Rückruf der gemachten Leistung werden davon ausgeschlossen [38]), es sei denn, daß die Rescission aus einem kommissorischen, oder Reuvertrag entspringt, also gerade ein vertragsmäßiges Fundament hat [39]).

Ansprüche aus Nebenverträgen folgen in der Regel der Hauptobligation, jedoch mit sorgfältiger konkreter Interpretation

---

sie das Halten einer taberna oder anderen Niederlassung dem unter A. erwähnten Erforderniß gleichstellt (Carpzov. l. c. nr. 27; Voet. l. c. 74), ist etwas Anderes.

34a) Renaud Not. 24.

35) Martin, Vorl. I. S. 338.

36) Renaud Not. 19.

37) z. B. bei der Restitution der Species da, wo sie sine dolo des Restituenten ist, L. 38 de jud. 5. 1, oder der Fideikommisse ubi major pars hereditatis (§ 60, 21); Wetzell Not. 23, 24.

38) Bayer a. a. O.; Wetzell Not. 30. Denn der Wille der Unterwerfung unter das for. solutionis erstreckt sich in dubio nur auf die Wirkungen des haltbaren Vertrags. — Mehrere neuere Ges. behandeln freilich die Klagen auf Erfüllung und Aufhebung ganz gleich. Han. P.O. § 10; Bad. P.O. § 31.

39) Martin, Vorl. I. S. 340 Not. 7. Indessen wird man gern zugeben, daß die Unterscheidung, ob auf Aufhebung aus dem Vertragsfundament, oder aus einem außerhalb des Vertrags liegenden Grunde geklagt wird, leicht sehr prekär erscheint.

der Willensmeinung[40]). Sind mehrere Erfüllungsorte vereinbart, so hat, wenn sie disjunktiv sind, der Gläubiger die Wahl, an jedem das Ganze einzuklagen; dagegen kann er, wenn sie kopulativ sind, an jedem nur pro parte Erfüllung geltend machen[41]).

IV. Das demgemäß begründete Forum steht elektiv neben dem Forum des Wohnortes des Verklagten[42]); selbst dann, wenn es nach Absicht der Kontrahenten exklusiv gewollt[43]), oder der Solutionsort zum Vortheil des Verklagten ausbedungen ist[44]). Mit dem forum privilegiatum personae kann das forum solutionis nicht kollidiren. Vielmehr kann sich nur fragen, ob wegen des persönlichen Privilegs des Verklagten auch dieses Forum um eine Instanz hinaufrückt, was in der Regel angenommen wird.

Innerhalb der Sondergerichtsbarkeit endlich hat dasselbe an sich ganz die gleiche Stellung, wie innerhalb der allgemeinen[45]).

§ 62.

cc. der Verwaltung, vertragsähnlicher Verbindlichkeit und des Delikts.

Auf demselben Grundgedanken des forum solutionis, daß durch Willenshandlung die Zuständigkeit begründet werde, beruht:

I. das sog. forum gestae administrationis oder der Gerichtsstand der Verwaltung. Schon im R.R. ist anerkannt, daß die aus Uebertragung einer Verwaltung entspringenden Klagen in dem Gerichtsbezirke, wo letztere stattfindet, angestellt werden können[1]). Nach der vermuthlichen Absicht der Betheiligten ist das der Erfüllungsort und mithin das forum solutionis begründet[2]). Aus

---

40) Martin das. S. 340; Osterloh Not. 5.

41) L. 2 § 3. 4 h. t. 13, 4. Auch das ist handgreiflich nur Konsequenz des Vertragswillens u. paßt nicht im Mindesten zu dem for. contractus.

42) Renaud Not. 26.

43) Ein solcher Vertrag hätte nur den § 66 zu berührenden Sinn.

44) Renaud Not. 27.

45) Vgl. Martin a. a. O. S. 337.

1) L. 1. 2 Cod. ubi de ratioc. 3, 21; Wetzell § 41 Not. 19; Osterloh § 80 Not. 12.

2) Es ist in der That Nichts, als eine Anwendung des for. solutionis, Bethmann-Hollweg II. S. 127; Osterloh § 80, 12; Bayer

dem Begriff der Verwaltung als einer andauernden, zusammengesetzten, aber auf einen einheitlichen Zweck gerichteten Thätigkeit folgt, daß nicht blos die Ansprüche wegen Rechnungslegung und Erstattung des Gesammtresultates[3]), sondern alle und jede Verbindlichkeiten sowohl des Rechnungsführers gegen den Geschäftsherrn, wie umgekehrt[4]) nicht minder die Verpflichtungen des einen oder andern gegen Dritte unter diese Kompetenz fallend[5]). Die Verwaltung erlangt also für ihren Geschäftskreis einen eigenen Gerichtssitz[6]). Nach der Meinung Mancher soll die Zuständigkeit[7]) sogar eine ausschließliche sein. Indessen sind die Meisten[8]), da es sich nur um eine Anwendung des forum solutionis handelt, für elektive Konkurrenz mit dem forum domicilii[9]).

II. Das sog. forum quasi contractus. Was von einer Administration in dem eben berührten Sinn gilt, leidet unmittelbar analoge Anwendung auf die Rechtsverhältnisse aus den Quasikontrakten der tutela, cura oder auch negotiorum gestio[10]).

III. Das forum delicti commissi[11]). Dasselbe schließt sich insofern an das for. solutionis an, als die verpflichtende Deliktshandlung aus dem Willen des Delinquenten hervorgeht. Indessen ist hier die Unterwerfung unter das Gericht des Deliktsortes insofern eine nothwendige, als sie auch ohne und sogar wider den

---

§ 67; Wetzell § 41, 19; Renaud § 37, 8; Seuffert XIII., 281. Ueber die Klagen auf Vermächtnisse u. dgl. am Erbschaftsorte, welche als eine Präcedenz des for. admin. gelten können, s. § 60, 21. — Die ältere Lehre kennt auch den bes. Titel: for. gestae. adm. gar nicht. — Vgl. Han. P.O. § 11; Bad. § 33; Bair. E. 11; D. E. § 21; Preuß. E. § 20.

3) L. 1 Cod. cit.

4) Nach Renaud Not. 4 nur die act. directa. Die Ges. lauten sehr verschieden in diesem, wie in den folgenden Punkten; s. das. Not. 11—13.

5) L. 19 § 3. L. 36 de jud. 5, 1. Wetzell Not. 20—21.

6) Aus diesem Gesichtspunkt läßt sich denn auch der Gerichtsstand des Handelsetablissements, s. § 59, 32 ffl., betrachten.

7) wegen der Ueberschrift des tit. Cod. 3, 21: ubi agi oportet.

8) wegen L. 4 § 5 de edendo 2, 13. Savigny, Syst. VIII. S. 242.

9) Bayer § 67 a. E.; Renaud Not. 14; Seuffert XI, 183 a.

10) Wetzell Not. 22; Renaud § 37, 1.

11) Bayer § 68; Osterloh § 80, 17; Wetzell § 41, II; Renaud § 38.

Willen aus der Deliktshandlung folgt [12]). Hinsichtlich der hier allein in Betracht zu ziehenden civilrechtlichen [13]) Folgen fordert die Billigkeit, daß der Beschädigte nicht gezwungen sei, dem Delinquenten an seinen Heimathsort zu folgen [14]). Im römischen [15]), im kanonischen [16]), und zwar dort in dem Sinn, daß das Delikt dem fremden Jurisdiktionsinhaber unterwirft [17]), wie im deutschen Recht [18]) anerkennt, erscheint dasselbe heut' zu Tage als Konsequenz des territorialen Prinzips. Die förmliche Adhäsion der Civilrechtsfolgen zu dem Strafprozeß (§ 64, III. B. 1) ist Aufgabe aller selbstständigen civilrechtlichen Kompetenz. Wenn aber für die selbstständige Civilklage aus Delikt das forum delicti, in Konkurrenz mit dem forum domicilii [19]), konstituirt wird, so ist das Folge derselben Ansicht, welche den Vertragsschluß im Gerichtsbezirk zum Kompetenzgrund machte (§ 61, 17). Daher denn auch, was jetzt freilich als aufgegeben gelten kann, die weiteren Erfordernisse des forum contractus (§ 61, II. A. u. B.) nicht selten auch auf das forum delicti erstreckt wurden [20]). Das letztere erschien als eine Erweiterung des ersteren [21]). Allein es erhellt auch, daß die Begründung einer eigenen civilistischen Kompetenz für die civilrechtlichen Folgen einer Deliktshandlung, während nicht unter den Begriff des Delikts fallende, wenn auch rechtserzeugende, Handlungen eine solche nicht begründen [22]), wenig innere Nothwendigkeit hat. Nach

---

12) S. dazu Renaud Not. 2.

13) Die Lehre des forum delicti commissi als der wichtigsten Kompetenz des Strafprozesses gehört nicht hieher.

14) Vgl. Wetzell § 41, II.

15) Nov. 69 c. 1 § 1. — Ausdrückliche u. besondere Erwähnung findet sich dort freilich nicht. Bethmann-Hollweg II. S. 130. Vgl. Wetzell Not. 31.

16) c. 20 X. de for. comp. 2, 2; c. 1 in VI. de privil. 5, 7.

17) Durant. II, 1 de comp. jud. ad. § 1 nr. 4. Carpzov. proc. jur. III., 2 § 30 sqq.

18) Sachsensp. III. 25 § 2.

19) S. Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 32 darüber, daß dies schon nach R.R. der Fall war.

20) Wetzell Not. 84; Renaud Not. 3; s. dag. Seuffert XXI, 74.

21) Vgl. auch Han. P.O. § 12; Bad. P.O. § 34.; Bair. E. Art. 12; D. E. § 22; Preuß. E. § 27 u. Renaud Not. 1. — Seuffert XVI, 145.

22) Daher denn von der Deliktsnatur abhängen würde, ob Schwän=

Umwandlung des forum contractus in das forum solutionis sollte auch das forum delicti lediglich der, auch bei andern Handlungen mögliche, Gesichtspunkt maßgebend sein, daß der Delinquent durch seine Handlung die Verpflichtung übernimmt, an diesem Orte für deren Folgen einzustehen.

§ 63.

dd. des Arrestes.

Martin § 56 a. E.; Linde § 96; Heffter § 407. 409; Schmid § 51; Bayer § 71; Osterloh § 79 a. E.; Wetzell § 41 Nr. IV.; Renaud § 41.

Zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers, sowohl vor dem Prozeß, als auch während des Prozesses und nach ergangener Sentenz kann unter den geeigneten Voraussetzungen (§ 133) die Beschlagnahme der Person oder gewisser Sachen des Schuldners, Personal- oder Realarrest, erwirkt werden.

Kompetent zur Arrestanlegung selbst ist unzweifelhaft nur dasjenige Gericht, in dessen Bezirk sich der Schuldner oder seine Sache befinden. Denn nur dieses hat, worum es sich handelt, die Möglichkeit der faktischen Ergreifung [1]). Die Zuständigkeit der Arretirung ist die äußerste Konsequenz des territorialen Prinzips, demzufolge die Gerichtsgewalt alle auch nur vorübergehend im Bezirk befindlichen Personen und Sachen, wenigstens in den Nothfällen des Arrestes, erfaßt.

Indessen muß man füglich unterscheiden, in welcher Weise das Arrestgesuch auftritt.

I. Wenn dasselbe innerhalb eines bereits anhängigen Pro-

---

gerungsklagen am Gericht der Schwängerung oder des Domizils (P. E. § 28) anzustellen.

1) Will man dafür noch histor. Anhaltspunkte, so kann man sich allerdings auch auf die röm. Stellen berufen, welche gewisse Maßregeln (wie missio in poss.) dahin verweisen, wo die Sache ist. Wetzell Not. 52 ffl.; s. oben § 60 z. A. Von jeher hat die Lehre die Kompetenz der Arrestanlage in diesem Sinne um so mehr anerkannt, als sie meist gegen Schuldner verhängt wird, die sich dem ordentlichen Forum (domicilii) entzogen haben oder entziehen wollen. Glück, Comm. VI. S. 334. — So auch Han. P.O. § 510; Bad. P.O. § 599; D. E. § 523; Bair. E. § 578. — Seuffert XI., 98.

zesses gestellt wird, so ist es zweifellos nur ein Nebengesuch des letztern [2]). Zuständig darüber zu verfügen, ist alsdann das Gericht des anhängigen Prozesses. Zur Vollziehung aber ist nur das Gericht im Stande, in dessen Bezirk das Arrestobjekt anzutreffen und welches mithin dieserhalb zu requiriren ist (§ 46). Indessen ist es denkbar, daß, auch wenn das Arrestgesuch angestellt wird, bevor der Prozeß anhängig, dasselbe so sehr doch nur als eine Sicherung des demnächst geltend zu machenden Klaganspruchs, d. h. als eine untergeordnete Nebenmaßregel betrachtet wird, daß es der Kompetenz des letztern folgt, mithin da anzubringen ist, wo wegen des sicher zu stellenden Anspruchs geklagt werden muß [3]).

II. Oder das Arrestgesuch wird vor allem Prozeß, oder mitunter auch während des Prozesses, aber nicht in, sondern selbstständig neben demselben angebracht. Alsdann hat es, insofern es nicht blos als eine Neben- oder Vorbereitungsmaßregel erscheint, seine eigene Kompetenz, welche, wie erwähnt, nur da begründet ist, wo die Möglichkeit der Arretirung vorliegt [4]). Da nun zur Erwirkung des Arrestes die Darlegung erfordert wird, daß der Anspruch, zu dessen Realisirung die Maßregel dienen soll, für den Imploranten wirklich vorhanden sei, hat das Arrestgericht freilich auch über die Begründetheit des letztern in gewisser Weise, jedoch immer nur in der Richtung auf Justifikation des Arrestes, zu erkennen. Der Arrestprozeß gehört also dorthin [5]).

III. Von einem eigentlichen forum arresti ließe sich nur insofern reden, als man darunter das forum deprehensionis solcher Personen versteht, welche kein Domizil haben (§ 59, III.),

---

2) Wetzell Not. 57; Martin Vorl. I. S. 354.

3) Renaud § 40, 16.

4) Ob das Arrestgesuch eine eigene Kompetenz verdient, oder nicht, hängt also davon ab, ob es vel quasi selbstständig oder als ein, von der Hauptsache zu attrahirendes, Nebengesuch auftritt. Da dieser Unterschied sehr prekär, begreift sich, daß manche Ges. geradezu, abgesehen von Nothstand, das Gericht der Hauptsache und das faktisch zur Arrestanlage befähigte Gericht konkurriren lassen. Renaud a. a. O.

5) Nur dieses sagen alle die Citate, auf die sich Wetzell Not. 60 beruft. Die Kognition über die Sache selbst in Folge des Arrestgesuchs braucht aber keineswegs eine endgültige zu sein.

oder als Nothbehelf der Rechtsverfolgung gegen Ausländer[6]). Im Uebrigen aber gibt keineswegs die Arretirung einen Grund ab, die Zuständigkeit des Arrestgerichts über das unterliegende Rechtsverhältniß zu erstrecken. Weder ein positives Gesetz, noch praktisches Bedürfniß sanktionirt eine solche Attraktivkraft, vermöge deren die Nebenmaßregel arrestmäßiger Ergreifung[7]) die Hauptsache nach sich ziehen soll[8]).

§ 64.

ee. der Konnexität.

Martin § 55; Linde § 94; Heffter § 158; Schmid § 49; Bayer § 69; Osterloh § 81; Wetzell § 41 N. V.; Renaud § 40. Dazu bes. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten. 1844.

Unter den unklaren Begriff eines forum connexitatis oder des Zusammenhangs der Rechtssachen bringt man sehr verschiedene Dinge.

I. Häufig bezeichnet die Doktrin damit dasselbe, was sie auch forum continentiae causarum ex identitate personali, vel reali nennt[1]), nämlich die Erscheinung, daß gegen mehrere Verklagte oder in Betreff mehrerer Sachen, die in verschiedenen Ge-

---

6) Das sagt auch Han. P.O. § 15; Bad. P.O. § 35. D. E. § 24; Preuß. E. § 29; etwas weiter Bair. E. Art. 18.

7) Eben höchstens nur bei Ausländern herrscht in der Theorie noch eine derartige Occupation der Gerichtsgewalt.

8) R.A. von 1570 § 84; 1594 § 81, 82 sind sogar geradezu dagegen. Die meisten Rechtslehrer verwerfen daher mit Recht das for. arresti in diesem Sinn. Indessen hat es noch Vertheidiger, unter Berufung auf die allerdings oft unklare Praxis. Martin § 56 a. E.; Renaud Not. 4; Wetzell a. a. O. Nr. IV. a. E. Was Letzterer anführt, erscheint fast durchweg als petitio principii. Die R.Ges. interpretirt er an dieser Stelle hinweg, weil sie nur für Reichsunmittelbare gültig. Die Bezugnahme auf Gaill. II., 44 ist geradezu irrig; denn dort ist nur von dem Zwang des ordentlichen, zuständigen Gerichts gegen den Fluchtverdächtigen die Rede. (Ueberhaupt kennt Gaill. Arrest nur als Zwang zur cautio jud. sisti.) Auf die histor. Entwicklung aber mag man sich nur insofern berufen, als Nothwendigkeit und Nützlichkeit wegen des erbärmlichen Zustandes der Rechtsverfolgung zu manchen Ausdehnungen des Vagabunden- (Deprehensions-) Forums drängte, gleichsam jedes Mittel, auch der Gewalt, erlaubt machte. Vgl. übrigens Seuffert XII, 303; XIII, 282.

1) Wetzell a. a. O. Not. 62.

richtsbezirken ihre Kompetenz haben, vor ein und demselben Gericht prozessirt werden kann. Dies ist auf dem Wege möglich, daß einem der an sich nur unvollständig, nämlich nach den sonstigen Kompetenzregeln nur für einen Theil der betheiligten Personen oder nur für einen Theil des Streitgegenstandes kompenten Gericht durch Kommission die Zuständigkeit über das Ganze hin erstreckt wird (§ 50, I. u. § 44 II. B. 4). Es erhellt, daß es sich hier gar nicht um ein eigenes Forum, sondern nur um eine ungewöhnliche Ausdehnung, oder, wenn ja einmal in solchem Falle ein an sich gar nicht kompetentes Gericht kommittirt werden sollte, um Begründung eines Spezialforums durch die Justizwaltung für die besondere Sache handelt. Das forum identitatis ist Nichts, als der theoretische Name für die Erscheinung, daß um des Zusammenhangs willen die Kompetenz auf Personen oder Ansprüche erstreckt wird, die darunter nicht fallen würden, wenn nicht der Akt besonderer Kompetenzverleihung, zu dem für solche Ausnahmsfälle die vorgesetzte Behörde gesetzlich befugt gilt, vorhanden wäre.

II. Unter der Rubrik des forum connexitatis taucht aber ferner die Frage auf, ob es zwischen verschiedenen Sachen ein derartiges Verhältniß gebe, daß dasselbe Gericht, weil über die eine kompetent, auch über die andere kompetent werde, ob also eine Attraktivkraft der Kompetenz bestehe[2]).

Die Möglichkeit oder Nothwendigkeit der Verbindung an sich trennbarer Sachen oder Dinge zu einer einzigen Prozedur hängt durchaus von dem Karakter des Verfahrens ab[3]). So weit es aber zu einer solchen Verbindung kommt, erstreckt sich die aus andern Gründen vorhandene Zuständigkeit über diejenigen Punkte, welche solchergestalt Bestandtheile des Prozesses werden.

Es erhellt mithin von vorn herein, daß es keineswegs passend ist, von einem forum connexitatis in dem Sinne zu reden, als ob es sich um einen dem forum domicilii, und contractus u. s. w. adäquaten Gerichtsstand handle. Es erhellt ferner, daß das sog. forum der Konnexität sich viel mehr nach der Wirkung (des Zusammenhangs), als nach der Ursache bestimmt. Konnexität ist und bleibt ein vager Begriff, der sich auch dann nicht bestimmter definirt,

---

2) Hierher gehört auch, was § 63, 8 bemerkt wurde.

3) S. darüber das Nähere in § 152.

wenn man, immerhin bezeichnend, folgende zwei Unterarten unterscheidet.

III. Um der materiellen Konnexität, d. h. um der inneren sachlichen Beziehung willen, sollen hierher gehören

A. Inzident- und Nebenpunkte einer Prozeßsache. Sind diese zu einem selbstständigen Verfahren nicht geeignet, so versteht sich deren Mitverhandlung vor dem nämlichen Gericht von selbst[4]). Allein man versteht darunter auch Dinge, die an sich zu eigener Verhandlung fähig, doch faktisch in das Verhältniß der Unterordnung oder Zugehörigkeit zu einer andern Sache treten[5]). In diesem Fall erstreckt sich die einmal begründete Kompetenz auch auf dasjenige, was, wenn es nicht mit dem Prozeß in Verbindung getreten wäre, eine andere Kompetenz gehabt hätte[6]). Welches aber in solchem Verhältniß stehende Rechtsansprüche seien, vermag Niemand abstrakt zu definiren.

B. In andern Fällen läßt sich nicht wohl von Inzident- oder Nebenpunkten reden; gleichwohl erscheinen sie als in einer gewissen Verbindung stehend[7]). Wenn es sich fragt, ob sie, die man vorzugsweise der Rubrik der materiellen Konnexität begreift, vor demselben Gericht zu verhandeln sind, so hängt wieder Alles von äußeren Rücksichten, nicht von inneren Gründen ab.

1. Ueber Civilentschädigungsansprüche kann im sogenannten

---

4) Martin, Vorl. I. S. 346. Wetzell a. a. O. N. 1. Renaud § 40, 1—3. — S. auch Han. P.O. § 13 Abs. 1; Bad. P.O. § 46.

5) L. 1 Cod. de off. jud. 3, 8. Offenbar hängt Alles von der Form des Auftretens ab.

6) So daß also vor dem for. solutionis mitverhandelt werden kann, was sonst nur vor das for. domicilii gehört hätte u. s. w. So auch bei der § 44, 32 berührten Bestimmung. — Eine ganz andere, früher vielfach damit vermischte Frage (s. z. B. Carpzov. l. c.) ist es, ob um des Zusammenhangs willen sogar das, was unter eine Sondergerichtsbarkeit gehört, attrahirt werden kann; cf. c. 3 X. de ord. cogn. 2, 10. Wetzell Not. 62. Sie ist nach dem heutigen Standpunkt zu verneinen, sofern die Sondergerichtsbarkeit ausschließlich ist. Dasselbe muß sogar zwischen mehreren foris derselben Gerichtsbarkeit gelten, soweit sie ausschließlich sind. Wenn das for. rei sitae für Immobilien exklusiv ist, so kann nicht im for. domicilii gelegentlich oder incidenter auch über das Eigenthum an solchen mitentschieden werden. Vgl. auch Bad. P.O. § 24.

7) So definirt z. B. Han. P.O. § 13; Bair. E. Art. 19.

Adhäsionsprozesse von dem Strafgericht mitentschieden werden (§ 154, III.), indem die Entschädigung für ein annexum des Strafprozesses gilt. Hier fällt das forum connexitatis regelmäßig mit dem forum delicti zusammen.

2. Die Provokation (§ 103, IV.) kann, oder muß sogar, da sie nur als Vorbereitung eines Prozesses, nicht als eigener Prozeß aufgefaßt wird, bei dem Gericht angebracht werden, welches für den zu Grunde liegenden Anspruch kompetent ist[8]). Indessen hat sich dagegen neuerdings viel Streit erhoben[9]); und in der That ist die eigene Kompetenz nach allgemeinen Regeln gerechtfertigt, sobald man die Provokation als eine für sich stehende Klage betrachtet[10]).

3. Nach R.R. galt es als angemessen, für Possessorium und Petitorium denselben judex zu bestellen[11]). Erklärlich, da ja die Besitzinterdikte nur zur Präparation des eigentlichen, petitorischen Prozesses dienen sollten. Das C. R. hingegen betrachtete immer mehr das Possessorium als einen eigenen, ganz getrennten Rechtsstreit, der folglich seine eigene Kompetenz hat; zumal wenn die Interdikte als Deliktsklagen erschienen[12]). Ebenso verfügen die Reichsgesetze[13]). Desungeachtet herrscht in der Praxis wegen der offenbaren Zweckmäßigkeit und des inneren Zusammenhangs sehr häufig die Ansicht, daß das Possessorium vor dem Gerichte des Petitoriums zu verhandeln sei[14]).

---

8) K.G.O. v. 1555 II, 25. — S. die Nachweise für die prov. ex l. diffam. bei Wetzell § 13 Not. 37. 58 und Muther, Jahrb. für gem. deutsch. R. II. S. 189; für die prov. ex l. si contend. das. Not. 58. — Damit stimmt überein D. C. § 510; das Domizil des Provokanten soll entscheiden nach Hann. P.O. § 493;¦ Bad. P.O. § 679; Bair. C. § 605.

9) Bayer, summar. Proz. § 55.

10) Und daß das sehr guten Grund für sich hat, s. § 103, 17. — Vgl. über die verschiedene Behandlungsweise Renaud Not. 8—10.

11) L. 10 Cod. de jud. 3, 1. Wetzell § 41 Not. 63.

12) C. 21 X. de jud. 2, 1.

13) K.G.O. v. 1555 II, 21 § 2. Wetzell Not. 64.

14) Martin, Vorl. I. S. 348, IV; Wetzell Not. 64. — Seuffert, Arch. VIII Nr. 293; XVI Nr. 76¦; XVII Nr. 100; was bes. wichtig wird, wenn das petitorium exklusiv vor das for. rei sitae gehört. Uebrigens wird alsdann augenscheinlich ganz derselbe Effekt erzielt, wenn man sagt, daß das possess. vor das for. rei sitae gehört; s. § 60, 31.

IV. Formelle Konnexität nennt man diejenige Verbindung verschiedener Ansprüche, die nur auf äußeren Gründen beruht[15]). Aus einem solchen Verhältniß gehen hervor:

A. das forum reconventionis. Die Widerklage, bzw. Nachklage soll der Kompetenz des Haupt- oder Vorprozesses folgen. Denn, wenn dies nicht der Fall, ist es eben keine Wider- oder Nachklage[16]). So lange man eine Widerklage nur ex eadem re zuließ (§ 175, I.), war sogar materielle Konnexität vorhanden. Seit freilich später jeder auch innerlich nicht konnexe Anspruch als Widerklage zugelassen wurde, konnte nur noch von formeller Konnexität die Rede sein. Die Kompetenz des einmal angezogenen Gerichtes dehnt sich auf jeden Gegenanspruch aus, der, wenn auch ohne inneren Zusammenhang mit dem Klagfundament, in Form einer Wider-, oder selbst Nachklage[17]) des Verklagten geltend gemacht wird[18]). Diese Erweiterung der Kompetenz des Gerichtes der Hauptklage[19]), gleichviel auf welchem Grund sie beruht[20]), entspringt aus der Einlassung; dergestalt, daß späterer Verzicht des Klägers auf die Vorklage das forum reconventionis nicht mehr abzuschneiden vermag[21]). Gleichheit der Prozeßart ist nicht absolut (§ 175, 24) nothwendig. Dagegen kann derjenige Anspruch, welcher eine ausschließliche Kompetenz[22]) besitzt, nicht

---

15) Schmid § 50. Martin § 56.

16) Wetzell a. a. O. V, 2; Renaud § 39, 10.

17) Warum auch nicht, wenn er jedenfalls per exceptionem (compensationis) zum Bestandtheil des Prozesses gemacht werden kann? Auch von dieser Seite her ergibt sich der Zusammenhang der Widerklage und der Kompensation.

18) S. § 175, V. So z. B. Preuß. E. § 31. Wenn nur konnexe Widerklagen zugelassen werden, so reicht auch das for. reconv. nur so weit; s. darüber § 175, III.

19) Wenn dessen Inkompetenz ausgesprochen wird, so fällt damit auch die Zuständigkeit über die Wider- oder Nachklage hinweg.

20) ob ex lege, oder ex prorogatione. Bayer § 70 Not. 1.

21) S. § 175, 31. Wetzell Not. 73; Renaud Not. 14.

22) vor einem Sondergericht oder einem forum speciale exclus. (rei sitae). Bayer a. a. O. Nr. 2. Wetzell § 42 Not 2. Nach den heutigen Begriffen muß feststehen, daß nicht durch die blose Form der Widerklage ein Anspruch vor ein Gericht gebracht werden kann, dem er nach der Organisation der Gerichte sachlich oder persönlich entzogen sein soll. Die ältere Lehre debattirt freilich darüber (s. Wetzell a. a. O.; man vgl. nur Carpzov. l. c. III. 5),

von Kompetenz der Hauptklage angezogen werden. Dagegen ist die Anstellung der Widerklage bei dem Gerichte der Vorklage durch persönliches oder sachliches Privileg (§ 44, 1.) nicht gehindert[23]).

B. Es wird ferner über die Deservitenforderungen der Anwälte[24]), sowie über den Anspruch auf Herausgabe der Manualakten[25]), wenn sie blos als Nebenanträge erscheinen, bei dem Gericht verhandelt, vor welches der Prozeß gehört, in welchem der Anwalt thätig. Selbstverständlich mit dem Vorbehalt, daß die Geltendmachung im Wege einer eigenen Klage ihre eigene Kompetenz behält[26]). Ganz ebenso verhält es sich mit Editionsansprüchen, die entweder in Gestalt förmlicher Klagen, oder bloser Inzidentanträge auftreten[27]).

C. Endlich verbreitet sich die einmal vorhandene Kompetenz über die Neben-[28]) und die Prinzipalintervention[29]). Denn ohne das wäre Eintritt in den Prozeß nicht denkbar. Mithin bewirkt die einmal bestehende Unterwerfung des Hauptprozesses unter ein. Gericht, daß selbst der Dritte in gewissem Maaße folgen muß. Auch hier gilt aber, wie bei der Widerklage, daß nicht unter dem Titel dieser formalen Konnexität die Kompetenz auf Interventionsansprüche erstreckt werden kann, die ihre ausschließliche besondere Zuständigkeit haben[30]).

---

inwieweit wegen der continentia Jemand auch einer diversa jurisdictio unterworfen werden könne. Aber die diversitas der einzelnen patrimonialen Gerichtsbarkeiten ist ein ganz anderes Verhältniß, als das der heutigen Sondergerichtsbarkeit oder Ausschießlichkeit.

23) Mithin überhaupt nicht als Wider- oder Nachklage auftreten. — S. auch Lüb. P.O. § 63. — Renaud Not. 13.

24) Bayer a. a. O. Nr. 3; Wetzell § 41 Not. 67. S. auch § 92, IV.

25) S. § 92, 15. Wetzell § 63 Not. 117. Vgl. auch Bair. E. Art. 103; Preuß. E. § 32.

26) In diesem Sinne ist also das for. connex. nicht exklusiv. Renaud § 40, 12.

27) Renaud Not. 13.

28) von der sich das sehr von selbst versteht, s. § 76.

29) S. § 75. Bayer a. a. O. Not. 4. Martin, Vorl. I. S. 352; Schmid § 63 Not. 1; Osterloh § 173 Not. 11. Wetzell Not. 66. Planck S. 460.

30) Analog, wie in Not. 22. Bad. P.O. § 107. Preuß. E. § 714.

§ 65.

c. Konkurrenz und Kollision der gesetzlichen Gerichtsstände.

Martin § 61; Linde § 105; Heffter § 165; Schmid § 57; Bayer § 78; Osterloh § 72; Wetzell § 42; Renaud § 44.

I. Was die Konkurrenz, das Verhältniß der verschiedenen gesetzlichen [1]) Gerichtsstände, anlangt, so folgt aus dem Bisherigen:

A. Wenn das forum rei sitae ausschließlich ist (§ 60, 23 ffl.), so kann eben von Konkurrenz mit einem andern nicht die Rede sein.

Im Uebrigen konkurriren for. rei sitae, contractus, quasi contractus und delicti elektiv mit dem generellen forum domicilii [2]).

Dagegen ist das forum arresti (im Sinne des § 63, 1) exklusiv.

Bei dem forum connexitatis kann, da es nur den erweiterten Umfang einer bereits bestehenden Kompetenz bezeichnet, die Frage der Konkurrenz gar nicht aufgeworfen werden [3]).

B. Ebensowenig kann man die hier behandelten fora in Konkurrenz stellen mit den Gerichten einer persönlichen oder sachlichen Sonderjurisdiktion [4]).

C. Unter mehreren Gerichtsständen gleicher Gerichtsbarkeit und gleicher Art, z. B. unter mehreren foris domicilii, contractus s. solutionis u. s. w. hat der Kläger die Wahl [5]).

Wann die Wahl, welche dem Kläger in diesen Fällen (A. u. C.) zusteht, bindend wird und mithin einseitiger Widerruf ausgeschlossen erscheint, hängt von der Beantwortung der Streitfrage

---

1) Von dem for. prorogatum (s. § 66) versteht sich von selbst, daß es, wenn vorhanden, die anderen verdrängt. Soweit der freie Wille Raum und Kraft hat, entscheidet er über die Kompetenz vor dem Gesetz.

2) S. auch Hann. P.O. § 17; Bad. § 53 Not. 2.

3) Wenn man z. B. das for. reconv. exklusiv nennt, so ist das insofern richtig, als der betreffende Anspruch qua Widerklage nur an diesem einen Gericht angebracht werden kann. Dagegen ist letzteres nicht exklusiv, wenn man an die Möglichkeit der Geltendmachung durch eine selbstständige Klage denkt. Renaud § 39, 15. — Anders nach Nov. 96 c. 2; s. § 175, V.

4) Da die letztere immer in ihrem Umfang ausschließlich ist. Wetzell § 42 z. A.

5) L. 19 pr. § 4 de jud. 5, 1.

ab, ob schon mit der Klagmittheilung, oder erst mit der Einlassung die als Litispendenz bezeichneten Wirkungen eintreten [6]).

D. In dem Fall, daß die mehreren Verklagten, oder die mehreren Klagobjekte, welche in einer Klage zusammengefaßt werden, verschiedene Fora haben, kann nicht die Wahl des einen in der Weise entscheiden, daß darnach die andern folgen müßten [7]); sondern es muß, wenn nicht das Gesetz die major pars entscheiden läßt, oder dem Kläger die Wahl einräumt, in anderer Weise geholfen werden (§ 44, 32).

II. Wenn aus dem betreffenden Rechtsverhältniß jeder Theil klagen kann, entsteht, insofern beide den Satz: actor sequitur forum rei anzuerkennen haben, die Möglichkeit einer Kollision. Hier entscheidet allgemeinhin die Prävention [8]). Nach der älteren Ansicht ergriff das zuerst angegangene Gericht mittelst der Citation die Gerichtsbarkeit [9]). Nach der heutigen Meinung dagegen entscheidet die Klagmittheilung [10]). Durch die Prävention wird die Partei berechtigt, dem Versuche, sie vor ein anderes Gericht zu rufen, die exceptio litis pendentis entgegenzusetzen (§ 107, 45). Indessen bleibt Verzicht auf diese Wirkung möglich [11]). Bei gleichzeitiger Mittheilung der beiderseitigen Klagen müßte in letzter Linie das Loos entscheiden [12]).

---

6) Wetzell Not. 5 ist für die Einlassung; Linde und Bayer a. a. O. u. Planck, Mehrheit S. 291 für die Klagmittheilung; noch Andere für Klaganstellung oder gar erst für das Urtheil. Martin, Vorl. I. S. 373 II. unklar; Heffter a. a. O. unbestimmt. Vgl. § 107 a. E.

7) S. Bair. E. § 2. 8.

8) Wetzell Not. 10. Renaud § 44 a. E. S. auch Bad. P.O. § 55; D. E. § 14.

9) Martin I. S. 373. In voller Uebereinstimmung mit dem Raub- oder Occupationssystem, welches nothwendig in den Zuständen der zersplitterten Patrimonialjurisdiktion befolgt werden mußte. Planck a. a. O. S. 298. — S. übrigens noch Bad. P.O, § 56.

10) Bayer Nr. II. Wetzell Not. 12 nach Planck S. 297 ffl.; s. § 107, 69; § 168.

11) Auch stillschweigend durch Circumduktion des Termins u. dgl. Osterloh Not. 6.

12) L. 14 de jud. 5, 1; Wetzell Not. 12.

§ 66.

2. Gewillkührter Gerichtsstand.

Martin § 60; Linde § 87. 101; Heffter § 167; Schmid § 56; Bayer § 77; Osterloh § 74; Wetzell § 39 Not. 2; Renaud § 42; Reatz, Gerichtsstand der freiw. Unterwerfung 1859.

I. Die Rechtslehre versteht unter prorogatio s. propagatio fori häufig jeden Einfluß des Privatwillens auf die Gerichtszuständigkeit und zieht daher aus den früheren Perioden Grundsätze in diese Lehre herein, welche für das heutige Gerichtswesen durchaus ungeeignet sind.

Das gilt namentlich von den Bestimmungen, welche das R.R. über das sumere judicem darbietet. Es ist klar, daß, wo unständige Richter für den einzelnen Fall bestellt werden können, sei es durch datio des Magistrats zur Zeit des ordo judiciorum, sei es durch Delegation oder Mandat des Kaisers nach Untergang des Volksgerichtes, immer der Erklärung der Parteien ein Raum, der freilich beschränkter oder ausgedehnter zugemessen werden kann, verstattet werden muß[1]). Im Mittelalter war die Lage insofern die nämliche, als die Bestellung unständiger Richter durch Delegation üblich war. Nothwendig mußte bei solchen Einzelernennungen stets die Frage offen gelassen sein, ob von Seiten der Parteien dagegen Etwas zu erinnern sei[2]). Allein soweit zufolge der modernen Staatsorganisation nur noch ständige Gerichte bestehen, ist die Möglichkeit, daß der Privatwille die Kompetenz auf einen unständigen, außerordentlichen Richter übertragen oder die Kompetenz eines solchen befestigen könne, völlig ausgeschlossen[3]). Alle Einwirkung, welche demselben nach dieser Richtung hin noch zusteht, reduzirt sich auf die Befugniß der Rekusation einzelner Richter-

---

1) Puchta, Kurs. II. S. 18; Rudorff, R.R.G. II. § 11; Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 405. — Dasselbe würde heute wieder gelten, wenn man Geschworne in den Civilprozeß einführte. Die Parteien müßten befragt werden, ob sie den Geschwornen annehmen.

2) Cf. Damas. tit. 42; Durant. II, 1 de rescripti praesentatione et receptione.

3) Der Privatwille kann ein Schiedsgericht schaffen, aber nicht ein öffentl. Gericht. Dazu ist nur die Staatsgewalt, und diese nur innerhalb der gesetzlichen Ordnung (s. § 40. 48) befugt.

personen (§ 30) und einer etwaigen Erklärung oder Remonstration in Betreff ertheilter Kommission oder Deputation (§ 50).

II. Es ist ferner ein durchaus nicht mehr zutreffender Gesichtspunkt, wenn die ältere Doktrin in den Zuständen der patrimonialen Jurisdiktion zu untersuchen hatte, inwieweit es dem Willen der Parteien freistehe, sich dem Gerichte eines andern Inhabers, als dem ihres eigentlichen Gerichtsherrn zu entziehen[4]). Wenn auch eine solche Rücksicht allenfalls jetzt noch entscheiden könnte, wo das Gericht eines andern Staates von den Parteien gewählt wird, so handelt es sich doch darum nicht mehr innerhalb der einheitlichen Gerichtsbarkeit ein und desselben Staates[5]). Es handelt sich vielmehr allein darum, inwieweit innerhalb der letztern die Bestimmung des zuständigen Gerichts der Willenserklärung der Privaten überlassen ist. Diese Berechtigung des Privatwillens in Hinsicht auf die Auswahl des Gerichts für den einzelnen Fall erkennt das R. R. vollkommen an. Die Parteien konnten mit Hintansetzung ihrer Befugniß, nur vor dem Heimathsgericht Recht zu nehmen, wenn sie wollen, vor einem anderen Gericht den Streit erledigen[6]). Auch innerhalb des mittelalterlichen Gerichtswesens hatte, begünstigt durch dessen unständigen Karakter, der Privatwille immer noch verhältnißmäßig großen Einfluß auf die Begründung der Kompetenz[7]), obwohl andererseits demselben mancherlei Schranken aus dem Gesichtspunkt zu setzen waren, daß nicht durch Willkühr das patrimoniale Recht des eigentlichen Gerichtsherrn ge-

---

4) Diesen Sinn haben alle die Untersuchungen über die Unterwerfung unter einen non suus judex; s. Durant. II, 1 de comp. jud. ad. § 1; Marant. P. IV. judic. dist. 12. S. auch die Citate bei Wetzell Not. 26; dazu bes. nach Voet. comm. ad tit. Dig. II, 1 nr. 14 sqq.

5) Diesen Unterschied deutet auch Wetzell a. a. O. Not. 26 an. Es ist der Lehre von der Prorogation wenig heilsam gewesen, daß bis dahin die Doktrin ohne alle Sichtung die Lehren der mittelalterlichen Schule mit dem Andern vermischte.

6) L. 14. 15. 18. de jurisd. 2, 1; L. 1. 2. de jud. 5, 1; Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. § 73 Not. 12 ffl. — Daß auch das for. contr. auf dieser Idee beruht, s. § 61.

7) Bes. handelt es sich um die Prorogation der begrenzten Kompetenz der Delegatenrichter. Damas. tit. 42. Ordinarium u. prorogatum als neben einander stehende Arten s. Marant. l. c.

schmälert wurde[8]). Dagegen erscheint in der modernen Staatsgerichtsbarkeit die Bestimmung der Kompetenz als Sache der öffentlichen Ordnung, der sich jeder Einzelne unterwerfen muß, die legale Zuständigkeit mithin an sich als ein Zwangsrecht[9]). Je fester sich die Staatsgerichtsbarkeit organisirte, desto geringer wurde die Berechtigung des Privatwillens. Bestimmung der Kompetenz durch den Willen der Parteien, einst gleichberechtigt neben den Bestimmungen durch Gesetz, besteht, da sie niemals ganz und gar auszuschließen ist, doch nur noch als eine Ausnahme, der möglichst enge Grenzen gezogen sind[10]).

III. Die Auswahl, oder, wie man lieber sagt, die Unterwerfung unter ein anderes der bestehenden Gerichte, als das gesetzlich zuständige[11]), heißt Prorogation oder Propagation[12]), Erstreckung des Gerichtsstandes. Sie ist

A. beschränkt auf die Wahl unter den Gerichten desselben Gerichtsherrn; mithin verboten,

1. soweit sie zum Nachtheil des Patrimonialherrn gereichen würde, der für seine Gerichtsbarkeit gleichsam ein wohlerworbenes Bannrecht hat[13]);

2. soweit sie ein ausländisches Gericht zuständig machen

---

8) Daher die Gültigkeit des R.R. mit seiner weit unbedingteren Freiheit willkührlicher Auswahl des Gerichts bestritten war. Glück, Comm. III. S. 245; Bethmann-Hollweg, Vers. S. 12. — Das will auch Sachsensp. III, 25 § 2 besagen; mehr nicht.

9) Osterloh Not. 1. — Daher erklärt schon Carpzov. pr. j. II, 1 § 18 die Versäumniß der exc. for. incomp. als die allein übliche Prorogation.

10) Es ist keine Frage, daß mit Abschwächung des büreaukratischen Karakters der Justizorganisation demnächst auch wieder dem Privatwillen größere Macht eingeräumt werden wird, wenn man erwägt, daß die Scheidung und Kompetenz der Gerichte nicht zunächst um des Staates, sondern um des Publikums willen besteht.

11) S. auch Preuß. E. § 34.

12) Ueber den unrömischen Ausdruck prorogatio fori s. Wetzell Not. 28.

13) Wetzell Not. 36; er müßte denn einwilligen. S. oben Not. 4. 5. Bei der Geringfügigkeit der Reste von Patrimonialjurisdiktion, die noch bestehen, bedarf dieser Punkt keiner genaueren Darstellung.

soll, indem man auch auf den Staat die oben erwähnte, dem patrimonialen Gerichtswesen entnommene Vorstellung anwendet [14]).

B. ausgeschlossen, soweit das öffentliche Recht der Bethätigung der Privatwillkühr entgegensteht. Aus diesem Grunde ist die Prorogation

1. versagt zwischen ungleichartigen Gerichten, insofern die Sondergerichtsbarkeit nach dem Organisatiosgesetz als eine ausschließliche erscheint [15]).

2. Gleiches muß aber auch unter gleichartigen gelten, wo irgenwie die Kompetenz nach dem Gesetz einen ausschließlichen Karakter hat [16]).

IV. Die Prorogation gilt als eine Uebereinkunft [17]). Vorausgesetzt wird selbstverständlich Handlungs-, bzw. Prozeßfähigkeit.

---

14) Osterloh Not. 8. — Indessen erhellt, daß dieser Gesichtspunkt nicht mehr paßt; vgl. Renaud Not. 23. Seuffert XVI, 253.

15) Wetzell Not. 33; Bayer Nr. 1; Renaud Not. 17 ffl.; Martin, Vorl. I. S. 368.— Hann. P.O. § 19 Al. 2. D.E. § 28, 3; Bair. Art. 31; Preuß. E. § 35 Nr. 4. 6. — Mithin kann nicht eine Civilsache auf ein Criminalgericht, nicht eine gemeine Civilsache auf ein Handelsgericht, eine Handelssache nicht auf ein Nichthandelsgericht, und ähnlich in Lehenssachen, geistlichen Sachen u. dgl. prorogirt werden. Indessen kann es darin die Legislation verschieden halten und z. B. die Prorogation zwischen Handels- und gemeiner Gerichtsbarkeit gestatten. Vgl. Preuß. E. § 922. Lüb. P.O. § 11; Bad. P.O. § 46. Renaud. Es kommt darauf an, ob man die absolute Trennung im öffentlichen Interesse für nothwendig hält. Dasselbe gilt auch von der Sondergerichtsbarkeit auf persönlichen Grundlagen, z. B. Militärgerichtsbarkeit; Bayer Nr. 3; Martin S. 369; Wetzell Not. 35, indem sich fragt, ob sie eine aus öffentlichen Gründen prohibitive ist. Die künstlichen Unterscheidungen der älteren Doktrin, namentlich betreffs des Verhältnisses der geistlichen und weltlichen Gerichte, die ohnedem auf einem ganz andern Zustand der ersteren beruhen, sind völlig unbrauchbar. Daß leicht Zweifel entstehen können, erhellt aus § 42 Nr. 1. Wo es sich nur um ein persönliches Privileg handelt, wie bei Schriftsässigen, ist Verzicht möglich und folglich kein absolutes Hinderniß der Prorogation. Wetzell Not. 30. Die Prorogation auf ein höheres Gericht wird an sich gestattet erscheinen, wenn nur, woran ohne ausdrückliches Gesetz nicht zu denken, dieses die Sache annimmt. Wetzell Not. 34.

16) Daher kann eine Vindikation nicht durch Prorogation vor das for. domic. gebracht werden, wenn das for. rei sitae exklusiv ist u. s. w.

17) Gerade hier wird vielfach, wie oben Not. 1 bemerkt, das sumere judicem eingemischt.

Der Anwalt soll dazu Spezialmandat bringen [18]). Eine besondere Form der Erklärung ist nicht erforderlich. Sie liegt namentlich auch schon stillschweigend in der Litiskontestation [19]), sofern die Einlassung des Verklagten wissentlich erfolgt [20]).

Eine außerhalb des Prozesses getroffene Uebereinkunft, die nach den gewöhnlichen Vertragsregeln zu beurtheilen, mithin auch ohne besondere Form oder Bestärkungsmittel bindend erscheinen kann [21]), begründet offenbar noch nicht die Kompetenz selbst [22]), wohl aber ein obligatorisches Recht auf Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, sich vor dem betreffenden Gericht zu stellen, oder auf das Interesse [23]).

---

18) Osterloh Not. 6; m. a. W., es wird, wenn das Mandat Nichts ausdrücklich besagt, präsumirt, daß er sich an die legale Kompetenz hält. Der Mandant braucht also die Einlassung seines Mandatars von einem legal inkompetenten Gericht nicht zu genehmigen; kann es aber; s. auch § 86, 31.

19) Wetzell Not. 29. Rudorff, R.R.Gesch. II § 19. Nach R.R. entscheidet eigentlich die erste Erklärung des Verklagten, jetzt die Litiskontestation, die nach der Eventualmaxime mit der ersten Erklärung in der Sache selbst zusammenfällt; s. § 173. — Hann. P.O. § 19; Bad. P.O. § 48. 49; D. E. § 27.

20) Unwissentliche, namentlich auch fingirte (per contumaciam) Einlassung ist also keine Prorogation. L. 2 pr. de jud. 5, 1. Irrthümliche kann angefochten werden. L. 15 de jurisd. 2, 1. Renaud Not. 11. 12; Seuffert XVI, 252.

21) Im älteren R. R. war das blose pactum (de litem contestando) unverbindlich; Rudorff a. a. O. Not. 19; es gehörte dazu Stipulation (judicio sisti); Bethmann-Hollweg, Civilpr. § 73 Not. 15; später Sicherung durch Konventionalstrafe; Rudorff a. a. O. Not. 7; L. 18 de jurisd. 21, 1; s. dag. L. 29 Cod. de pact. 2, 3. Jetzt ist der Pakt in jeder Form gültig. — Renaud Not. 7—9.

22) S. § 67, I. B. Ueber den lächerlichen Streit (um Namen), ob die Uebereinkunft an sich das for. prorogatum begründe, oder erst die Zustimmung des Richters, s. die Nachweise bei Wetzell Not. 30.

23) Die Uebereinkunft muß natürlich hinlängliche objektive Bestimmtheit haben; indessen braucht sie keineswegs auf eine einzige Klage spezialisirt zu sein. — Ob die Erklärung einer Aktiengesellschaft u. dgl. in ihrem Statut, an einem bestimmten Ort zu Recht stehen zu wollen, in diesem Sinne eine bindende Uebereinkunft sei, hängt davon ab, wie man über den (traurig doktrinären) Zweifel denkt, ob solche Versprechungen (in incertam personam) haltbar sind. Vgl. darüber Endemann, H.R. § 94, 5.

Zustimmung des ordentlichen Richters, dem nach den gesetzlichen Regeln die Zuständigkeit gebühren würde [24]), wird nicht mehr verlangt [25]). Dagegen hängt die wirkliche Entstehung des forum prorogatum davon ab, daß der inkompetente Richter die Sache annimmt [26]). Man kann nur fragen, ob diese Annahme eine lediglich willkührliche [27]), oder eine dem Richter rechtlich gebotene ist. Nach der gewöhnlichen Meinung kann er Annahme der Sache, welche ihm nach den Regeln der legalen Kompetenz nicht zufällt, verweigern [28]). Indessen kann das Recht sehr wohl einen gewissen Zwang der Gerichte, auf Prorogation einzugehen, aussprechen [29]). Jedenfalls soll der Richter die seinerseits erfolgte Annahme nicht widerrufen [30]), während es den Parteien immer freisteht, bei übereinstimmendem Willen die Sache vor diesem Richter fallen zu lassen [31]). Einseitiger Widerruf findet selbstverständlich nicht statt, wenn die Prorogation einmal perfekt geworden [32]).

V. Die Wirkung der vollendeten Prorogation besteht aber

---

24) Bayer Nr. 4.

25) Vgl. oben Not. 22.

26) Denn wenn er sie, auch noch so grundlos, nicht annimmt, so ist trotz allen Willens der Parteien keine Prorogation da.

27) Alsdann kann man das for. prorogatum kaum noch als von den Parteien gewillkührte Kompetenz bezeichnen.

28) Soll aus L. 2 § 1 de jud. 5, 1, die aber nur von dem Magistrat redet, folgen; s. dag. über den judex L. 39 cod. tit. Rudorff Not. 8; Wetzell Not. 37; auch schon Durant. II, 1 de comp. jur. ad. § 1 nr. 13. — Der innere Grund des obigen Satzes liegt in dem völligen Ueberwiegen der legalen Kompetenzfixirung über den Privatwillen. Faktisch gestaltet sich daher die Sache so, daß da, wo das Gericht bei Prüfung der blanken Klage oder des ersten Ladungsantrags keinen legalen Kompetenzgrund sieht, sofort wegen Inkompetenz Mittheilung oder Ladung verweigert wird. Prorogation ist also nur noch möglich, wenn das Gericht seine Kompetenz für zweifelhaft hält, oder sich irrt. Allein die Legalkompetenz ist so stark, daß oft selbst noch nach stattgehabter Einlassung die Zuständigkeit ex officio geprüft wird.

29) S. z. B. Bad. P.O. § 47. — Man gewahrt leicht, daß sich das namentlich für das rein mündliche Verfahren empfiehlt.

30) Wetzell, Not. 37; s. jedoch Not. 28 a. Schl.

31) Das bedeutet die Auflösung des Prorogationspaktes. Bad. P.O. § 50.

32) Seuffert XV, 76.

darin, daß das Gericht gerade so zuständig wird, als ob es von Haus aus gesetzlich kompetent gewesen wäre. Daher bezieht sich die Unterwerfung auch auf die höheren Instanzen des prorogirten Forums [33]).

§ 67.

C. Begründung und Folgen der Zuständigkeit oder der Unzuständigkeit.

I. Auf die Kompetenz so, wie sie rechtlich geordnet ist, haben die Betheiligten ein Recht. Nöthigenfalls kann im Wege der Beschwerde die unbefugte Ablehnung gerügt und beseitigt werden [1]). Die Zuständigkeit im einzelnen Fall aber ist ein thatsächliches Verhältniß. Die Kompetenz über eine gewisse Sache, wenn diese auch in thesi bereits entschieden erscheint, ist daher erst dann wirklich vorhanden, wenn die Sache bei dem Gerichte angebracht und von diesem angenommen worden ist.

A. Folgeweise erscheint, wo es sich um einen der legalen Gerichtsstände handelt, mit der ersten Verfügung die Kompetenz begründet (§ 65, 6. 10). Indessen bleibt dieselbe auch hier einstweilen widerruflich, indem der Kläger einseitig die Klage zurückziehen kann, wie umgekehrt auch noch immer vorbehalten bleibt, daß der Verklagte die Kompetenz seinerseits bestreiten mag.

Mithin ergibt sich, daß schon in diesem Fall, jedenfalls aber

B. wo Zweifel an der Kompetenz bestehen, sowie bei dem prorogirten Gerichtsstand (§ 66,. 22) die definitive Feststellung der Kompetenz erst nach Zustimmung des Gegners, welche in der Litiskontestation liegt, durch die nächste, nicht ablehnende Gerichtsverfügung erfolgt [2]); und auch durch diese nur insoweit, als sie dem Gesetz über die Zuständigkeit entspricht und nicht hintennach als unrichtig hinweggeräumt wird. Definitiv wird, da nach der Eventualmaxime (s. § 68, 19) die Kompetenzfrage nicht mehr ausgeschieden und präliminarisch behandelt wird, die Zuständigkeit wenigstens im Falle wirklichen Streites um dieselbe sogar erst durch den rechtskräftigen Endsbescheid festgestellt.

---

33) Osterloh Not. 12.

1) S. namentlich auch § 33, III.

2) S. auch Bad. P.O. § 62 ffl.

II. Die Wirkung der Kompetenzergreifung,

A. wenn sie mit Recht erfolgte, erstreckt sich über die ganze Prozeßsache[3]), einschließlich aller Bestandtheile desselben, wozu gemeinrechtlich auch die Exekution gehört[4]); mithin auch auf die sog. Inzidentpunkte, deren Wesen eben darin besteht, daß sie sich als Bestandtheile der Hauptsache unterordnen[5]). Ausdruck der Wirkung jenes Grundsatzes auf die Parteien ist die exceptio litis pendentis, mittelst deren jeder Anruf eines andern Gerichts abgelehnt werden kann[6]). Nachträgliche Veränderung des Kompetenzgrundes, wie Aufgeben des Domizils u. dgl., hat keinen Einfluß[7]). Mit der Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichtes sind zugleich die höheren Instanzen bestimmt.

B. Wenn sie dagegen mit Unrecht erfolgte, so hat sie keinen Effekt. Das Gericht kann nicht willkührlich die Kompetenz ergreifen, sondern nur nach den gesetzlich anerkannten Gründen (ex lege und ex prorogatione). Wie die grundlose Ablehnung der Zuständigkeit dem Gerichte die Kompetenz nicht entzieht, so kann die grundlose Annahme derselben die Kompetenz nicht verschaffen. Die Folge der Unzuständigkeit ist, daß alle Handlungen, welche das Gericht trotzdem vorgenommen hat, für nichtig gelten[8]). Nach R.[9]) und C.R.[10]) sogar, ohne daß es einer Beschwerde bedurfte[11]). Nach den heutigen Zuständen aber wird regelmäßig die Nichtigkeit, selbst als unheilbare, erst im Wege der Nullitätsquerel oder Klage förmlich konstatirt werden müssen. Allein

---

3) Ubi coeptum est judicium, ibi finire debet. L. 30 de jud. 5, 1; Wetzell § 39, 15 ffl.; Renaud § 27, 7.

4) Wetzell Not. 17.

5) S. § 64, III. A.; Renaud § 27, 9.

6) Renaud § 44 u. 73, 27; s. unten § 107, 45.

7) Jurisdictio perpetuatur; L. 19 pr. de jurisd. 2, 1; L. 4 Cod. de jurisd. 3, 13; c. 19 X. de for. comp. 2. 2. — Dasselbe gilt von der Erlangung, oder dem Aufgeben des Privilegs, z. B. der Schriftsässigkeit.

8) Sententia a non suo judice lata nullam obtinet firmitatem. L. 2. 4. Cod. si a non comp. jud. 7, 48.

9) L. 1 § 2 quod quisque 2. 2; L. 7 Cod. quando provoc. non est nec. 7, 64.

10) c. 26 VI. de R.J. 5, 12; Wetzell Not. 18.

11) Es genügte die exceptio, bzw. replica nullitatis gegen actio judicati, bzw. exc. rei judicatae.

so weit die Prorogationsbefugniß (s. § 66) reicht, kann überhaupt die prinzipiell wegen Nichtkompetenz zu unterstellende Nichtigkeit nur als eine heilbare betrachtet werden. Schon in der Unterlassung der Rüge[12]) durch die exceptio fori incompetentis von Seiten des erschienenen oder ungehorsamen Verklagten muß nach der präklusiven Natur des Prozesses ein Verzicht gefunden werden, der nur im Wege der Restitution zu beseitigen ist[13]).

§ 68.

D. Verfahren um die Kompetenz.

Martin § 44; Bayer § 79; Osterloh § 70. 71; Wetzell § 39 Not. 19 ffl.; Renaud in § 43.

In der Art und Weise, wie die Feststellung der Zuständigkeit oder Unzuständigkeit, an welcher nach dem vorigen § ein großes Interesse besteht, erfolgt, muß sich wieder der Gegensatz ausdrücken, ob die Zuständigkeit von dem Gesetz und der Entscheidung des Gerichts, oder von dem Willen und der Zustimmung der Parteien abhängen soll.

I. Nach R.R. steht fest, daß zunächst der Magistrat[1]) den Umfang seiner Jurisdiktionsbefugniß zu prüfen hat[2]). Wenn er, obwohl inkompetent, dennoch in der Sache verfügte, so brauchte seinen Befehlen keine Folge geleistet zu werden[3]). Allein gerade, weil die Möglichkeit gegeben war, sich freiwillig auch einem andern, als dem ordentlichen Gericht zu unterwerfen, mußte es,

---

12) welche gegen die von dem inkomp. Gericht ergangene Sentenz kaum noch in Frage kommt, nachdem sie schon in der ersten Einlassung hätte erfolgen sollen; s. § 68, 12 13. — Vgl. Old. P.O. § 129; D. E. § 609 Nr. 4; Renaud § 184, 4.

13) Renaud § 43, 4. 5.

1) Von der Kompetenz des judex kann nicht die Rede sein. Bei ihm handelt es sich nur um die legale datio und sumtio.

2) L. 2. pr. si quis in jus vocat. 2. 5; L. 5 de jud. 5, 1. Er mußte sich also, wenn er der Meinung war, von selbst für inkompetent erklären; L. 4 § 6, L. 5 de jud. 5, 1. Sonst macht er sich vielleicht sogar strafbar. L. 53 Cod. de decus 10, 31. — Vgl. auch Bethmann-Hollweg II. § 73 Not. 9.

3) L. 53 § 3 de re jud. 42, 1; L. 20 de jurisd. 2, 1. Wetzell Not. 20.

für den Verklagten, wiewohl er auf seine Verantwortung hin wegbleiben konnte[4]), im Durchschnitt rathsam sein, zu erscheinen und die Entscheidung des Magistrats über die Kompetenz entgegenzunehmen. Der Kläger brauchte mithin, da der Richter schon von selbst prüfte, abgesehen von ausnahmsweisen thatsächlichen Verhältnissen die Kompetenz nicht besonders und ausdrücklich zu begründen. Der Verklagte hingegen hatte, wo ihm das erforderlich dünkte, den Einwand der praescriptio fori[5]). Im mittelalterlichen Prozeß[6]) wurde dieses einfache[7]) Verhältniß gestört. Die Kompetenz innerhalb des zersplitterten feudalen Gerichtswesens wird ungleich verwickelter und forderte daher weit häufiger schon von vornherein den Kläger zu besonderer Darlegung auf[8]). Wenn unständige Delegatenrichter bestellt werden, kann es niemals ohne Verhandlung der Parteien darüber, ob sie rite bestellt und zuständig gemacht worden sind, abgehen. Ebensowenig soll es von dem freien Ermessen des Richters abhängen, ob er sich auf Prorogation einlassen will. Die Verhandlungsmaxime muß daher, wenn auch der Grundsatz, daß der Richter seine Kompetenz selbst zu prüfen habe, noch wiederholt wird, immer größeren Einfluß gewinnen. Insbesondere kann der inkompetenterweise geladene Verklagte es nicht mehr wohl darauf ankommen lassen, sondern muß erscheinen und seinen Einwand[9]) als exceptio fori declinatoria[10]) vorschützen, worüber sodann weiter zu verhandeln und zu entscheiden[11]). Unterbleibt diese vor der Litiskontestation, so wird Prorogation[12]), bzw.

---

4) Wetzell Not. 22. 23.

5) L. 7 pr. qui satis dare 2, 8; L. 50. 52 § 3 de judic. 5, 1. — Das weitere Verfahren in Bezug auf die praescriptio ist hier nicht zu untersuchen. Schwerlich ganz richtig: Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 11; s. Endemann, Prinz. d. Rechtsk. S. 39.

6) Ueber die altfranz. demande en renvoi s. Schäffner III. S. 556.

7) Es ist total unrömisch, wenn die Schriftsteller, anstatt zu begreifen, daß sich darnach Alles konkret von selbst machte, einen künstlich abstrakten Schematismus in das röm. R. hineintragen.

8) Durant. IV. 1 de lib. conc. § 4.

9) Durant. II. 1. de citat. § 1.

10) dilatoria; s. § 170, II.

11) S. z. B. Gaill. obs. I. 16. 34. Carpzov. proc. jur. IX., 2.

12) J.R.A. § 40; Bayer a. a. O.

Verzicht auf den Einwand unterstellt, der freilich nur so weit reichen kann, als der Privatwille Macht hat [13]).

II. Heut' zu Tage dagegen tritt, da die Kompetenzbestimmung als eine öffentliche Anordnung erscheint, die Offizialmaxime wieder stärker hervor [14]). In ersterer Linie hat demnach das Gericht, sogar in jeder Lage der Sache, ex officio zu prüfen, ob seine Kompetenz begründet sei, oder nicht, oder allenfalls bessere Begründung der Zuständigkeit von Seiten des Klägers zu fordern. Dabei kommt zu Statten, daß nach der heutigen Gerichtsorganisation die Kompetenz ungleich fester und zweifelloser geordnet erscheint, als früher [15]). Nicht selten erstreckt sich die Offizialpflicht sogar so weit, daß, wo das Gericht hinsichtlich seiner Kompetenz Zweifel hat, von Amtswegen Entscheidung der höheren Instanz eingeholt wird [16]). Indessen bleibt daneben, sofern der Richter nicht seine Inkompetenz sofort von Amtswegen ausspricht, dem Verklagten die Möglichkeit, letztere durch entsprechenden Einwand (exceptio fori s. judicis incompetentis) zu rügen [17]). Nicht minder kann er die besondere Darlegung der Kompetenz, welche der Kläger mehr oder minder ausführlich gegeben hat, und unter Umständen geben muß [18]), bestreiten. Darauf hin ist dann weiter zu verfahren; und zwar laufen in dem gemeinen schriftlichen Prozeß diese Verhandlungen gleichen Schrittes mit den übrigen fort [19]).

---

13) Wetzell Not. 21 ffl.

14) Wie auch Wetzell Not. 24 gegen Bayer a. a. O.; Martin, Vorl. I. S. 297 u. A. bemerkt.

15) Das Alles findet ein vollkommenes Gegenstück in der Behandlung der Inhabilität des Richters nach § 30. 31.

16) Das ist die volle Analogie dessen, was sich auch in dem Rekusationsverfahren zeigt; s. § 30. — D. E. § 30.

17) Sonst gilt ja die Kompetenz stillschweigend prorogirt. Bair. E. Art. 32.; Preuß. E. § 36.

18) weil er sonst ex officio wegen nicht dargelegter Kompetenz abwiesen würde. Natürlich kann das Bedürfniß der Darlegung sehr verschieden sein. Bei dem gewöhnlichen Domizilforum würde z. B. schon die Angabe des Wohnortes des Verklagten in der Rubrik genügen u. s. w.

19) Nach der Eventualmaxime; s. § 159. Früher sollte darüber getrennt und summarie verhandelt werden. Gaill. l. c. Im mündlichen Prozeß, der die Trennung gestattet, s. § 155, wird in der Regel wieder die Kompetenz als Präjudizialpunkt zuerst entschieden werden.

Nach Schluß derselben hat das Gericht durch Sentenz zu entscheiden. Wird kein Einwand erhoben, so muß, soweit auch nicht von Amtswegen die Inkompetenz aufgegriffen wurde, Prorogation unterstellt (§ 67 I. a. E.) und, nachdem einmal die Prorogation perfekt und zu einem Parteienrecht geworden, dem Richter die Befugniß, sich inkompetent zu erklären, abgesprochen werden.

Zweites Buch.

Die Parteien.

§ 70.

I. Begriff und Uebersicht.

Martin § 33 ffl.; Linde § 107. 108; Heffter § 104; Schmid § 58. 59; Bayer § 19; Osterloh § 109; Wetzell § 5; Renaud § 45. 46.

I. Kein Rechtsstreit ist denkbar ohne zwei sich gegenüberstehende Personen, welche in Bezug auf die Lösung oder Realisirung des zwischen ihnen im Streit befindlichen Rechtsverhältnisses uneinig sind. Wie überhaupt jedes streitige Rechtsverhältniß[1]), so setzt auch der Prozeß zwei Parteien[2]) voraus, und zwar solche, welche wider einander aktiv sind[3]).

II. Die beiden Parteien sind der Kläger, welcher insofern Abänderung des faktisch vorhandenen Zustandes fordert, als er durch die Gerichtshülfe Verurtheilung des Gegners zu erzielen sucht[4]),

---

1) Und folglich die actio, das Klagrecht im materiellen Sinn. Wetzell a. a. O. Nr. 1.

2) L. 62 de judic. 5, 1; Renaud Not. 2.

3) Der vollständige Inquisitionsprozeß würde in diesem Sinn keine Parteien haben.

4) Wetzell a. a. O. N. 2. — Daß der Kläger nicht immer Inhaber des Klagerechts ist, erhellt von selbst. Ob er „Kläger", bestimmt sich nur nach der Form seines Auftretens. — Ueber die röm. Begriffe actor u. reus s. Bethmann-Hollweg, Civ.Proz. II. § 100; über die kan. Durant. I, 2 de act. u. de reo Bulgar. summ. p. 16.

und der Verklagte[5]), welcher die Verurtheilung von sich abgewendet und folgeweise den bestehenden Zustand erhalten sehen will[6]).

Beide Rollen können nicht vereinigt sein[7]). Mithin ist, wie kein Klagerecht, so auch kein Prozeß möglich zwischen Personen, die zwar physisch getrennt, doch im Rechtssinn nur eine Person bilden, also zwischen dem Erben und der hereditas, dem paterfamilias und dem in seiner väterlichen Gewalt stehenden Kinde, es sei denn um Rechte aus dem peculium castrense, quasi castrense oder adventicium irregulare, wegen Alimentation, Emanzipation u. dgl.[8]). Dagegen können einzelne Mitglieder einer Korporation wider die letztere, oder einzelne Theilnehmer gegen die Gesellschaft[9]) Prozeß führen. Folgeweise muß auch der begonnene Prozeß aufhören, sobald und soweit zwischen Kläger und Verklagtem durch Rechtsnachfolge Personeneinheit eintritt[10]).

Andererseits können nicht mehr als zwei Parteien vorhanden sein[11]). Indessen schließt dies nicht aus, daß jede Partei aus mehreren Personen sich zusammensetzt (§ 73), oder daß sukzessiv oder akzessorisch noch andere Personen den eigentlichen Parteien[12])

---

5) Je nach dem Karakter oder Stadium des Prozesses werden Kläger und Verklagter auch wohl Implorant u. Implorat, Impetrant u. Impetrat, Provokant und Provokat, Appellant u. Appellat, u. dgl. genannt. — Carpzov. p. j. IV, 1 § 4.

6) Osterloh a. a. O. Not. 3; Martin, Vorl. I. S. 216, II. —

7) L. 4 § 6. 7 fin. reg. 10, 1.

8 L. 4. de judic. 5, 1; L. 56 § 1 de fidejuss. 46, 1; L. 16 de furt. 47, 2. Bethmann-Hollweg, Civ.Proz. II. S. 413 ffl. S. über diese im Civilrecht näher darzustellende Punkte Wetzell a. a. O. Not. 4. Bayer § 18 a. Schl.; Martin, Vorl. I. S. 213 a. E.

9) wenn letztere als ein eigenes Rechtssubjekt gelten muß, wie bei den Handelsgesellschaften großentheils der Fall.

10) L. 11 de jud. 5, 1.

11) Bayer § 18, II. — Daß auch der Konkurs (s. Martin I. S. 214), soweit er Prozeß ist, keine Ausnahme macht, läßt sich leicht zeigen; ebensowenig ist es Ausnahme, wenn eine Theilung, bzw. Auseinandersetzung unter mehreren Interessenten Gegenstand des Prozesses ist. Wetzell Not. 8—10; Osterloh a. a. O. Not. 6. E.

12) Man macht daher den Gegensatz von Haupt- und Nebenpartei.

sich anschließen[13]), oder an deren Stelle in den Prozeß einrücken (§ 93).

III. Die Bezeichnung „Kläger und Verklagter" beruht nur auf der Thatsache des Auftretens im Prozeß (Not. 4)[14]). Eben weil es ein rein thatsächliches Verhältniß ist, entscheidet darüber, wer aus Rechtsbeziehungen, welche mehreren, namentlich zwei Betheiligten, die Möglichkeit klagweisen Auftretens geben, Kläger wird, die Prävention[15]). Was die materielle Bedeutung der Parteirolle anlangt, so kann auch der Verklagte die Stellung eines Klägers einnehmen, nicht blos insofern er förmliche Widerklage erhebt (s. § 175), sondern auch schon durch die Geltendmachung wirklicher Exzeptionen[16]), mit denen er, wenn auch nicht der Form nach, doch thatsächlich eine Verurtheilung (Abweisung) des Klägers, oder durch einzelne Anträge, z. B. auf Kautionsbestellung, Arrest u. s. w. mit denen er in einzelnen Punkten Kondemnation des Klägers anstrebt. Bei Theilungsklagen und dem interdictum retinendae possessionis gilt sogar von Haus aus jeder Theil als Kläger, da jeder Theil die Verurtheilung des Gegners will[17]).

---

13) S. davon § 74. Als akzessorische Theilnahme läßt sich allenfalls sogar die Stellvertretung und Advokatur, § 80 ffl., bezeichnen. Man unterscheidet demnach Haupt- und Nebenpersonen. Martin, Vorl. I. S. 212; Bayer § 18 z. A.

14) Ueber das gegenseitige Verhältniß nach dem Prinzip der Gleichberechtigung s. § 101, II.

15) Wichtig für die Bestimmung der Kompetenz, weil actor sequitur forum rei. Osterloh § 109. Eine Verschiebung der Rollen tritt in gewissem Sinne ein bei der Provokation, bzw. Negatorienklage. S. über die Rubriken: formelle und materielle Klägerschaft Renaud Not. 4. 5. Wenn man um diese Dinge gar streitet, so ist das einer jener beliebten Streite um Namen, welche der alten Scholastik würdig sind.

16) S. § 170. Reus excipiendo fit actor; L. 1 de exc. 44, 1; cf. aber auch L. 8 § 1 de V. S. 50, 16.

17) L. 37 § 1 de O. et A. 44, 7; L. 10 fin. reg. 10, 1; L. 2 § 3 fam. hericisc. 10, 2; L. 44. § 4 ibid., L. 2 § 1; comm. div. 10, 3. — § 7 Inst. de interd. 4, 15; L. 2 pr. de int. 43, 1. — c. 2 X de probat. 2, 19. — Wetzell a. a. O. Not. 6—7. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II. S. 411.

II. Allgemeine Voraussetzungen des Auftretens als Partei.

§ 71.

A. Fähigkeit zur Prozeßführung.

Martin § 35; Linde § 114. 139; Heffter § 105; Schmid § 67; Bayer § 20; Osterloh § 112; Wetzell § 12; Renaud § 49.

Mit der allgemeinen Fähigkeit zu Rechtsakten ist regelmäßig auch die Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten und daselbst im Prozeß Rechte zu verfolgen oder zu vertheidigen, von selbst gegeben. Diese Fähigkeit (persona legitima standi in judicio)[1]) kommt an sich jeder physischen und juristischen[2]) Person zu[3]). Auch können Handelsgesellschaften unter ihrer Firma klagen und verklagt werden[4]); wogegen bei Einzelgeschäften nicht das Geschäft als solches, sondern der Inhaber klagt und verklagt wird[5]).

Die Fähigkeit zur Prozeßführung fällt hinweg,

II. wo es im Allgemeinen an Willens- oder Dispositionsfähigkeit mangelt. Wer nicht außergerichtlich Rechtshandlungen vorzunehmen vermag, kann auch nicht den Prozeß betreiben, der aus einer Reihe von Rechtshandlungen besteht[6]). Daher können

---

1) Ueber den Namen, der nur in L. 11 Cod. qui dare tut. 4, 35 vorkommt, s. Wetzell a. a. O. Not. 33.

2) L. 7—8 quod cujusque 3, 4. — Ueber den Gegensatz der jurist. Person (Gemeinde) zu den einzelnen Mitgliedern s. § 73, IV.

3) Die persona standi ist daher, wie neuere Gesetze gern hervorheben, nach dem materiellen bürgerlichen Recht, und zwar des Domizils der betr. Person, zu beurtheilen; Bad. P.O. § 92; D. E. § 48; Bair. E. Art. 44. Dabei sollen Ausländer nach dem inländischen Recht beurtheilt werden, wenn dieses für sie günstiger. Han. P.O. § 32; Preuß. E. § 84. — Daß die Ausländereigenschaft nicht mehr unfähig machen sollte, s. Auth. omnes peregrin. Cod. commun. de success. 6, 59.

4) H.G.B. Art. 111. 164. 213. Zur Erläuterung vgl. bezüglich der off. Ges. Endemann, H.R. § 38, I; sowie weiter § 51 (Kommanditges.) u. § 61 (Aktienges.). — Ueber ihre Vertretung s. § 91, IV.

5) Bedenken dagegen s. Endemann a. a. O. §. 15. 17, I.

6) Martin, Vorl. I. S. 230 Nr. 3. — Das hat freilich für den röm. Proz., der in der That eine Reihe quasi-kontraktsmäßiger Akte darstellt, eine weit intensivere Bedeutung, als heut' zu Tage. — Ueber die ältere Lehre s. bes. Durant. I. Part. 2 rubr. de actore; Claproth, ord. Proz. I. § 67.

A. bevormundete Personen weder klagen, noch verklagt werden. Sie bedürfen eines Vormundes und dieser ist es, der selbst oder durch einen von ihm bevollmächtigten Vertreter (actor) für sie klagt oder verklagt wird [7]). Dies gilt

1. zunächst von den impuberes und furiosi [8]); aber auch

2. nach neuerem Recht [9]) von den minores puberes, insofern anerkannt wird, daß die Kuratel über minores von der Tutel über impuberes nicht mehr verschieden sei [10]), während diese nach R.R., wie auch die impuberes infantia majores unter Hinzutritt des Tutor, unter Konsens des Kurators selbst auftreten oder einen Prokurator bestellen konnten [11]); sowie von den prodigi, die unter Kuratel gestellt sind [12]), und den Konkursschuldnern, soweit ihnen die Disposition über ihr Vermögen entzogen worden ist [13]).

3. Frauen unter Geschlechtskuratel sollen zwar selbst im Prozeß handeln können, jedoch nur unter Mitwirkung des Vormunds [14]).

B. Haussöhne (filiifamilias) sind, so lange sie impuberes oder minores, in derselben Lage, wie andere in solchem Alter be-

---

7) Vgl. § 91, I. — L. 2 pr. de in jus voc. 2, 4; L. 9 de re jud. 42, 1. Wenn gegen eine des Vormunds bedürftige Person geklagt werden soll, muß also ein Vormund vorhanden sein oder dessen Bestellung veranlaßt werden.

8) Wetzell Not. 3. 5; Bayer a. a. O. Nr. 1. 2.

9) Wetzell Not. 7.

10) Vgl. Vangerow, Pand. § 291 Anm. 2 a. E. § 292; Rudorff, Vormundsch. I. S. 114 ffl.; Kraut, Vormundsch. II. S. 96 ffl.; Sintenis, Civilr. III. § 145.

11) L. 1. § 2—4 de admin. tut. 26, 7; Wetzell a. a. O. Not. 10. 11. 13; s. auch Bayer § 119.

12) L. 3 Cod. de i. i. r. 2, 22; L. 9 § 7 de reb. cred. 12, 1; Wetzell Not. 8.

13) Die neuere Legislation ist übrigens geneigt, die minores, welche sich auswärts aufhalten (Studenten, in Kondition Befindliche u. dgl.), unbeschränkt verklagen zu lassen, jedoch so, daß ihnen vom Gericht ein Anwalt beigeordnet wird. So z. B. Preuß. E. § 86.

14) Man vergleiche z. B. Bluntschli, deutsches Pr.R. § 228; v. Gerber, Syst. § 245. 246. Jedenfalls ist die Handelsfrau davon frei; H.G. Art. 9; Endemann, H.R. § 23, 19.

kindliche Personen[15]). Ihr Vormund ist der paterfamilias. Sofern sie majores, sind sie an sich handlungs- und dispositionsfähig, mithin auch zum Auftreten vor Gericht befugt[16]). Indessen sind sie durch die Rechte der bestehenden väterlichen Gewalt beschränkt. Nach der gewöhnlichen Meinung[17]) kann der filiusfamilias major zwar selbstständig aus dem peculium castrense, quasi castrense, oder adventicium irregulare klagen, allein selbst da, wenigstens bei dem letztern, wird doch oft noch väterliche Einwilligung, die freilich erzwingbar ist[18]), verlangt. Zur Anstellung von Klagen aus dem peculium adventicium erscheint wegen des Nießbrauchs- und Verwaltungsrechtes des Vaters der Haussohn entweder gar nicht[19]) oder doch nur unter Mitwirkung des ersteren befugt[20]). Dagegen soll der majorenne Haussohn unbeschränkt fähig sein, sich auf wider ihn erhobene Klagen zu vertheidigen[21]), nur daß die Realisirung der Kondemnation bis zur Beendigung der Gewalt ausgesetzt bleibt[22]).

C. Die Ehefrauen sind zwar, wie Frauenzimmer überhaupt, gemeinrechtlich nicht unfähig zur Prozeßführung und nur soweit

---

15) Wetzell Not. 14; Seuffert XIII, 181; XV, 113. Derselbe würde von filiisfam. furiosis gelten.

16) Daher auch zur Prokuratur; s. unten.

17) S. über Einzelnes aus dem R.R., was nur geringeres Interesse hat, Bayer § 20 Nr. 4; Schmid § 67 Not. 12; Wetzell § 12 Not. 17 ffl.; insbes. über die actiones ex bono et aequo conceptae Savigny, II. S. 99 ffl.

18) L. 8 pr. Cod. de bonis quae lib. 6, 61.

19) Strippelmann, neue Samml. V S. 589; so daß die von ihm erwirkten Urtheile nichtig sind. Vgl. § 89, II.

20) L. 8 pr. Cod. de bon. quae lib. 6, 61. — Umgekehrt wird auch manchmal für den Vater Zustimmung des Kindes verlangt; Seuffert XIII., 266.

21) L. 3 § 4 de minor. 4, 44; L. 57 de jud. 5, 1; L. 45 de pecul. 15, 1; L. 39 de O. et A. 44, 7. — Die Konsequenz dieser Ansicht im Vergleich zu der Behandlung der Haussöhne als Kläger läßt sich sehr bezweifeln. Aus ganz andern Gründen ist die neuere Gesetzgebung geneigt, solche filiifam., die sich nicht bei dem Vater aufhalten, an ihrem Aufenthalts- resp. dem Kontraktsort für unbeschränkt verklagbar zu erklären. Vgl. Not. 13. — Preuß. E. § 85.

22) L. 5 pr. de eo 14, 5; L. 57 de jud. 5, 1; natürlich, sofern nicht der filiusfam. schon jetzt freies Vermögen hat. —

Geschlechtskuratel besteht, könnte die Mitwirkung des Ehemannes als Vormundes gefordert werden (Not. 14); allein je nach der Gestaltung des ehelichen Gütersystems[23]) herrscht die größte Verschiedenheit hinsichtlich der Berechtigung oder Verpflichtung des Ehemannes, das Vermögen aktiv und passiv zu vertreten. Darnach erst bestimmt sich dann die Ausschließung oder Zulassung der Ehefrau als Klägerin oder Verklagte[24]).

D. Der Staat, Gemeinden, Korporationen, juristische Personen, denen nach neuerem Recht manche Arten von Gesellschaften gleichstehen (Not. 4), können als solche nicht handeln. Sie müssen daher physische Organe oder Vertreter zu diesem Zwecke haben[25]).

E. Desgleichen muß den Vermögensmassen Abwesender, Verschollener, oder der in Konkurs Erklärten zum Zweck der Prozeßführung an Stelle des verhinderten Inhabers ein Vertreter geschaffen werden. Außerdem schließen sich hieran allernächst Fälle an, in denen wenigstens ein Klagerecht im Interesse anderer Personen unterstellt, oder in denen es zum Theil sehr schwierig wird, zu entscheiden, ob eigentlich ex propria persona oder qua Vertreter (Gemeinde, uneheliche Mutter u. s. w.) fremder Interessen der Prozeßführer auftritt.

II. Andere Personen erschienen nach älterem Recht aus besonderen Gründen von dem Auftreten im Gericht und der Befugniß, dort Vorträge zu halten[26]), ausgeschlossen oder beschränkt. Indessen sind die den Geächteten und Exkommunizirten[27]) auf-

---

23) also nicht wegen mangelnder persona standi, sondern aus Gründen des materiellen Rechtes.

24) Das Einzelne hier auszuführen, ist unmöglich. So hat bei allgem. Gütergemeinschaft der Mann, so lange er lebt, in der Regel die alleinige Vertretung. Das röm. Dotalvermögen vertritt während der Ehe der Mann, L. 11 Cod. de jure dot. 5, 12; Schmid a. a. O. Not 13, außer bei Verarmung. L. 29 Cod. cod. tit.

25) Wetzell Not. 4. — Ueber deren Vertretung s. § 91 III. u. IV.

26) Jus postulandi; über den Gegensatz zur persona standi in jud. s. Wetzell § 12 Not. 34 ffl. — S. über diesen Begriff bei den Kanonisten (postulare s. advocare) Tancred I, 5 § 1; Durant. Spec. IV. rubr. de postul. — Martin, Vorl. I. S. 230.

27) Wetzell Not. 27. 28; sie konnten zwar verklagt werden, aber nicht klagen. S. auch Osterloh a. a. O. Not. 12—13; Bayer § 20

erlegten Beschränkungen ebenso unpraktisch, wie das Verbot für Magistrate, während der Amtsdauer als Kläger aufzutreten[28]); und der Satz, daß Taube und Stumme einen Vertreter bestellen müssen[29]), widrigenfalls ihnen ein Kurator von Gerichtswegen zuzuordnen[30]), paßt handgreiflich nicht für den schriftlichen Prozeß[31]), insofern sie sonst im Stande sind, schriftliche Vorträge zu machen. Ausschließung vom Postuliren liegt aber da vor, wo Anwaltszwang herrscht (§ 86 II. B.).

III. Etwas Anderes, als Unfähigkeit, ist es, wenn gewisse Personen gegen Verklagtwerden geschützt sind. Nachdem die Bestimmung des R.R., daß Magistrate während ihrer Amtsdauer[32]) keine Ladung anzunehmen brauchen, überall, und die Bestimmung, daß Ascendenten von ihren Descendenten nicht ohne obrigkeitliche Erlaubniß verklagt werden sollen[33]), unpraktisch geworden[34]), verdienen nur noch Erwähnung:

A. die Landesherrn, welche mitunter gar nicht, mitunter erst nach eingeholter Erlaubniß, und

B. die Exterritorialen, welche wenigstens an ihrem Aufenthaltsort nicht verklagt werden können (§ 53 II.).

IV. Die Ausübung der Prozeßfähigkeit geschieht entweder in eigener Person, oder durch einen Prokurator als Repräsentanten. In der Regel ist dem Prozeßfähigen das Eine wie das Andere gestattet. Indessen gibt es einzelne Ausnahmen, sowohl nach der einen, wie nach der anderen Seite (s. § 86).

V. Auf das Vorhandensein der persona standi in judicio,

---

z. A. Die außerord. Bedeutung der except. excommunicationis nach kanonist. Recht ist klar.

28) L. 48 de jud. 5, 1. Wetzell Not. 14.

29) L. 1 § 3 de postul. 1, 3; L. 43 de proc. 3, 3.

30) L. 3 § 3; L. 4 de postul. 1, 3; Wetzell Not. 32.

31) Daß im mündlichen Prozeß Taube und Stumme nicht taugen, ist klar.

32) L. 2 de in jus vocand. 2, 1; Bethmann-Hollweg, I. § 32 Not. 12.

33) L. 4 § 1—3 eod. Vgl. darüber u. Aehnliches Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 108.

34) Wetzell § 12 a. E. — Ueber die ältere Lehre s. Durant. I. P. 2 rubr. de reo.

wie des jus postulandi, hat das Gericht in jeder Lage des Prozesses schon ex officio zu achten[35]). Wer ohne die persona standi oder die postulatio vortritt, wird demnach sofort zurückgewiesen. Ebenso kann umgekehrt auch nicht geladen werden, wer keine persona standi hat[36]). Die Citation ist vielmehr nur an den gesetzlichen Vertreter, der nöthigenfalls erst zu bestellen ist, zu bewirken[37]). An diejenigen hingegen, welche blos am Postuliren gehindert sind (Not. 26), kann die Ladung ergehen, wenn sie auch demnächst einen Vertreter zu nehmen gezwungen sind[38]).

Uebrigens ist nicht ausgeschlossen, daß die Parteien im Laufe des Prozesses ihrerseits die betreffenden Mängel rügen. Nach Befinden entsteht dadurch förmlicher Streit und Beweisführung um die Fähigkeit, welche sonst nichts Eigenthümliches haben[39]). Ebendeshalb wird aber, da man folgeweise fragen muß, ob nicht manche Mängel durch Verzicht auf solche Rüge (exceptio)[40]) geheilt werden, manche Ungewißheit hinsichtlich

---

35) Osterloh § 112 Not. 14; Renaud Not. 20. — Man beruft sich auf L. 9. 45 § 2 de re judic. 42, 1 und noch weniger zutreffende Stellen. Das ältere Prozeßrecht erwartete entschieden exceptio des Gegners; s. Durant. I. P. 2 de actore. Erst sehr allmählig hat sich auch hier die Prüfung ex officio (gegen die Strenge der Verhandlungsmaxime) festgesetzt. Bei Martin § 37 Not. h. Vgl. unten § 99 a. E. Die neuere Gesetzgebung ist entschieden für Prüfung von Amtswegen, z. B. Hannov. P.O. § 32; Bad. P.O. § 94; Preuß. E. § 88, gestattet aber meist einstweilige Zulassung bei besonderer Gefahr im Verzug; Bair. E. § 45; D. E. § 49. 50.

36) L. 4 pr. L. 22 de in jus voc. 2, 4.

37) L. 3 Cod. qui legit. pers. 3, 6. — S. schon Tancred. II, 3 § 3; Wetzell Not. 37.

38) Hier tritt allerdings der Unterschied zu Tage, den erst Wetzell a. a. O. wieder klarer hervorgehoben hat.

39) Im Wege des richterl. officium wird freilich häufig förmliche Beweisführung erspart. Indessen kommen doch Fälle genug vor, in denen eine förmliche Beweisauflage gemacht werden muß. Dabei macht denn die Beweislast oft sehr große Schwierigkeiten, die jedoch doch nur konkret zu lösen sind. S. z. B. Seuffert, XVII, Nr. 107 (über die Frage, ob der Kläger Inhaber der Firma sei).

40) die an sich in jedem Stadium des Prozesses möglich ist, aber, wenn sie einen verzichtbaren Mangel betrifft, für präkludirt gelten muß, wenn sie nicht mit der nächsten Handlung nach der Entdeckung des Mangels geltend gemacht wird.

VI. der Folgen der Unfähigkeit, wenn trotz deren Vorhandenseins prozessirt worden ist, veranlaßt[41]). Im Ganzen soll der Mangel an Prozeßfähigkeit die Prozeßverhandlungen, bzw. das Urtheil nichtig machen[42]). Allein soll sich der Gegner auf die Unfähigkeit der andern Partei auch dann berufen können, wenn er etwa gar wissentlich mit derselben prozessirt hat? Und schließt nicht die Kenntniß seiner eigenen Unfähigkeit oder nachträgliche Ratihabition die Geltendmachung dieses Nichtigkeitsgrundes, zu der nur Veranlassung für denjenigen Theil, welcher in dem Prozesse Nachtheil erlitten oder ein ungünstiges Urtheil erhalten hat[43]), aus? Da man unzweifelhaft nicht in allen Fällen absolute, sondern oft blos heilbare Nichtigkeit annehmen kann, läßt sich auch hier nur die Unterscheidung treffen, ob, weil das betreffende Erforderniß lediglich im Interesse und zum Schutz gewisser Personen aufgestellt ist, eine relative[44]), oder ob eine gleichsam im öffentlichen Interesse zu wahrende absolute Nichtigkeit vorliegt[45]); eine Unterscheidung, die freilich im Einzelnen durchaus der genauen Auslegung des gesetzgeberischen Willens bedarf.

§ 72.

B. Legitimation zur Sache.

Martin § 36; Linde § 115; Heffter § 107; Schmid § 68; Bayer § 21; Osterloh § 113; Wetzell § 16 a. E.; Renaud § 87.

Während die persona standi in judicio die allgemeine,

41) Dieser Fall tritt freilich um so seltener ein, je mehr der Richter auf Prüfung von Amtswegen verwiesen ist.

42) L. 9. 45 § 2; L. 54. de re jud. 42, 1; L. 6 Cod. de jud. 3, 1; L. 1 Cod. qui legit. pers. 3. 6; Wetzell Not. 36. — Wenn Wetzell den Mangel des jus postulandi nicht als Nichtigkeitsgrund ansehen will, so liegt dafür weder ein gesetzlicher, noch ein innerer Grund vor. Wenn das Gesetz, wie bei Anwaltszwang, absolut verbietet, daß Jemand gerichtlich handelt, so ist nicht abzusehen, warum dieses Interdikt mindere Folgen haben sollte, als das Interdikt des impubes oder minor, welches für den Prozeß doch auch nur so weit in Betracht kommt, als es prozeßunfähig macht. — Die Folge der Nichtigkeit sprechen allgemeinhin auch aus Bad. P.O. § 94; Bair. E. Art. 44. D. E. § 49; Vgl. unten § 243, 6.

43) L, 14 Cod. de procur. 2, 13.

44) Ob diesen ferner noch Restitution zu gewähren, ist eine ganz andere Frage.

45) Bayer § 20 a. E.

formale Fähigkeit zur Prozeßführung begreift, ist die Legitimation zur Sache, legitimatio ad causam, die konkrete materielle Befugniß der Partei, den von ihm geltend gemachten Anspruch zu verfolgen[1]). Sie gehört daher kaum in die Darstellung der Prozeßlehre.

I. Wer einen Anspruch vor Gericht geltend machen will, sei es durch Klage, sei es durch Exzeption, muß darthun, daß gerade ihm dieser Anspruch gegen den Gegner zusteht.

Mithin hat ein Jeder die Beziehung des Thatbestandes, aus welchem er Rechte herleitet, auf seine und des Gegners Person darzulegen. Ist jedoch diese Beziehung eine unmittelbare, so ist sie schon durch die Darstellung des Thatbestandes von selbst gegeben[2]). Sie kann aber auch eine mittelbare sein, insofern Rechte aus einem Thatbestand hergeleitet werden, an welchem der Kläger, bzw. Exzipient, oder dessen Gegner ursprünglich nicht betheiligt war. Den Nachweis der Vorgänge, durch welche in einem solchen Fall der Uebergang der Rechtswirkungen aus einem ursprünglich ihr fremden Thatbestand auf die eine oder die andere Partei vermittelt wird, nennt man auch wohl legitimatio ad causam im eigentlichen Sinn, im Gegensatze zu der uneigentlichen[3]). Wie nun der Uebergang von Rechten oder Verbindlichkeiten im Wege der Universal- oder Singularsuccession geschieht, lehrt das Civilrecht.

Von der Legitimation zum Prozesse unterscheidet sich die Legitimation zur Sache wenigstens theoretisch, wenn auch praktisch zwischen beiden die Grenzen keineswegs so scharf geschieden sind (§ 88, 2), dadurch, daß, während jene nur die Prozeßführung als Geltendmachung eines fremden Anspruchs im Namen des eigentlich Berechtigten überträgt, diese die Berechtigung zur Gel-

---

1) Martin, Vorl. I. S. 219. — Die beste Darstellung dieser Lehre ist die von Bethmann-Hollweg, Versuche Nr. II. S. 78; s. daselbst die ältere Literatur S. 79 Not. 1. Außerdem allenfalls noch Weiske's Rechtslex. VI.

2) So aus der Darstellung des Vertrags, den der Kläger selbst mit dem Verklagten geschlossen, aus der Darstellung der Zahlung, die der Verklagte an den Kläger-Gläubiger selbst geleistet hat u. s. w.

3) Martin, Vorl. I. S. 234. 237. — Uneigentliche ist denn z. B. der Nachweis des dinglichen Rechts für die Negatorienklage u. s. w.

tendmachung einer, wenn gleich erst besonders erworbenen, doch eigenen Berechtigung oder Verpflichtung darstellt.

II. Man unterscheidet aktive Sachlegitimation, den Nachweis, daß das Recht, und passive, den Nachweis, daß die Verbindlichkeit übergegangen sei[4]). In diesem Sinne handelt es sich für die Klage um die Aktivlegitimation des Klägers und die Passivlegitimation des Verklagten, für Exzeption oder Widerklage um die Aktivlegitimation des Verklagten und die Passivlegitimation des Klägers[5]), u. s. w.

III. Die Nothwendigkeit, die Sachlegitimation darzulegen, ergibt sich von selbst. Ohne sie wäre die Klage, Exzeption, Replik u. s. w. unschlüssig. Sie ist ein integrirender Bestandtheil des Klag-, Einreden-, Replikgrundes und hat insofern durchaus nichts Eigenthümliches[6]). Gleichwohl hat man vordem diesem Theil der Begründung Eigenheiten zugeschrieben. Das R.R. kannte zwar in der Regel keine Trennung desselben von der Hauptsache, machte aber davon doch einige Ausnahmen[7]), und hatte, wo die Vorerledigung eines solchen Punktes im Interesse der Parteien lag, die interrogationes in jure und die exceptio praejudicii, in Folge deren die Sachlegitimation zur vorgängigen umfassenden Erörterung gelangen konnte[8]). Aehnlich wollte, obwohl mit einzelnen Abweichungen und mancher Unklarheit, die mittelalterliche Doktrin verfahren wissen[9]). Die deutschen Juristen endlich waren geradezu geneigt, die legitimatio ad causam, wie die legitimatio ad processum, als einen vorweg zu erledigenden Punkt aufzufassen, um nicht den weitläufigen Prozeß auf die Gefahr hin fortzuführen, daß am Ende die Sachlegitimation für fehlend zu erklären sei[10]). Zu-

---

4) Bethmann-Hollweg S. 81. Dahin gehört der Uebergang durch Erbschaft, Cession, Erwerb der Sache u. s. w.

5) Bethmann-Hollweg S. 83.; Martin I. S. 325.

6) Bethmann-Hollweg S. 118; Wetzell § 16 a. Schl.; Seuffert XIV, 170; XV, 247; s. jedoch XVIII, 173.

7) Bethmann-Hollweg S. 120.

8) Bethmann-Hollweg S. 120. 122 ffl; s. unten § 111, V u. § 156, 2.

9) S. die Nachweise bei Bethmann-Hollweg S. 127 ffl.; Endemann, Rechtskr. S. 87 Not. 111.

10) Bethmann-Hollweg S. 130. 134.

letzt wurde sogar die Beachtung und Vereinigung desselben von Amtswegen vorgeschrieben, bei Strafe der Nichtigkeit [11]).

Davon zurückgekommen, mißt die neuere Meinung der Verhandlung der Sachlegitimation, da sie einen Theil des Klag- oder Einredengrundes bildet, keine Besonderheit mehr bei.

A. Die Rüge, daß die Sachlegitimation fehle, oder das Bestreiten der betreffenden Behauptungen ist die exceptio deficientis legitimationis ad causam, welche nur der Form nach exceptio, in Wahrheit Leugnen ist. In Folge derselben muß nöthigenfalls Beweis geführt werden. Angebliche Eigenthümlichkeiten dieser Einrede [12]) werden nicht mehr anerkannt.

B. Präjudizielle Erledigung der Sachlegitimation widerspricht der Verhandlungsmaxime. Die unter A. erwähnte exceptio muß präklusiv unter den gewöhnlichen Rechtsnachtheilen mit der Einlassung vorgeschützt werden und die weitere Verhandlung und Beweisführung geht pari passu mit dem übrigen Inhalt des Prozesses [13]). Als besonderer Inzidentpunkt des Prozesses tritt nur die Reassumtion wegen eines im Laufe des Prozesses stattfindenden Uebergangs auf [14]).

C. Auch der Beweis der Sachlegitimation hat nach der richtigen Meinung keinerlei Besonderheiten. Es bedarf weder sofortiger Bescheinigung derselben, wo nicht der gesammte Klag- oder Einredengrund solche nach der Prozeßart erheischt; noch auch ist

11) Bethmann-Hollweg S. 99.

12) Schmid S. 182; Osterloh S. 260. Man hielt sie früher für eine privilegirte Einrede, die bis zur Endsentenz stets zulässig sei. Martin, Vorl. I. S. 243 ffl., glaubte noch zu deduziren zu müssen, daß sie nicht mehr nach der Sentenz zulässig sei.

13) Bethmann-Hollweg S. 136 hält eine Inzident- oder Präjudizialverhandlung für zulässig; allein die Praxis ist im Ganzen dagegen, obwohl es genug Fälle gibt, in denen eine Trennung und vorläufige Erledigung der Sachlegitimation höchst zweckmäßig wäre, weil der gem. Prozeß solche Trennungen nicht mehr gestattet; s. § 152. Die interrog. in jure ist längst untergegangen, s. § 111, 9, und die exc. praejudicii hat nach der Eventualmaxime keinen Effekt mehr; s. § 156.

Erst die Mündlichkeitsprozeßordnungen stellen das rechte Verhältniß her, indem sie nach Bedürfniß Trennung gestatten.

14) S. unten § 92; Bethmann-Hollweg S. 117.

irgend ein Beweismittel, namentlich die Eidesdelation, ausgeschlossen[15]).

IV. Endlich zeigt sich auch an den Folgen des Mangels nichts Eigenes. Wird derselbe gerügt, so muß darüber, als über einen Theil des Klag- oder Einredengrundes, erkannt werden. Wird er nicht gerügt, so kann der Richter kraft seiner Kognitionspflicht dennoch die Klage oder Einrede wegen der aus dem Mangel entspringenden Unschlüssigkeit verwerfen. Geschieht dies aber nicht, so besteht trotz des Mangels der Sachlegitimation die Sentenz unter den Parteien, welche den Prozeß verhandelt haben, in voller Rechtskraft[16]), während sie ebenso natürlich auf den wirklich Berechtigten oder Verpflichteten, sofern er am Prozesse nicht Theil genommen, keinen Einfluß hat.

---

§ 73.

III. Theilnahme Mehrerer an dem Parteiverhältniß. Streitgenossenschaft.

Martin § 34; Linde § 109; Heffter § 109; Schmid § 60; Bayer § 37; Osterloh § 110; Wetzell § 63 Not. 25. 106 ffl.; Renaud § 58. — Planck, Mehrheit der Rechtsstreit. S. 126 ffl.

Jede Partei kann aus einer Mehrheit von Subjekten bestehen. Man nennt diese alsdann Streitgenossen, litis consortes[1]). Durch die Theilnahme mehrerer Personen insonderheit auf Seiten des Klägers entsteht eine subjektive Klagenhäufung.

I. Die Streitgenossenschaft[2]) ist Theilnahme Mehrerer als

---

15) Osterloh S. 261; vgl. dazu Schmid I. S. 182; Seuffert XVII, 178.

16) L. 36 fam. herc. 10, 2. — Vgl. dazu Bolgiano in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 18, der dieser Frage unter Anführung und Kritik aller älteren Irrthümer eine Darstellung von S. 27—52 u. S. 193—216 widmet, vgl. auch Renaud Not. 10, deren sie nicht mehr bedarf. Es ist alsdann eine materiell unrichtige Sentenz, die aber formell inter partes bis zu ihrer Beseitigung durch Rechtsmittel gilt, wie jede andere unrichtige Sentenz.

1) Ueber diesen Namen s. Wetzell a. a. O. Not. 25.

2) In der italienischen Prozeßliteratur sucht man vergebens nach einer umfassenderen Darstellung. Nur einzelne Andeutungen, wie bei Durant.

eine Partei an dem Prozeß, und zwar sowohl auf Seiten des Klägers, aktives Litiskonsortium, als auf Seiten des Verklagten, passives Litiskonsortium. Es fragt sich vor Allem, um zu erkennen, inwieweit dieselbe zulässig oder nothwendig sei, nach der Grundlage.

Der Begriff der Streitgenossenschaft ruht keineswegs auf der gemeinsamen Betheiligung an dem Ausgang des Prozesses (sors litis)[3]). Denn an den Judikatswirkungen können manche Personen betheiligt sein, ohne daß sie an dem Prozesse Theil genommen haben (§ 147). Er ruht vielmehr auf der effektiven Theilnahme an dem Prozeß und zwar von Anfang an[4]).

Das R.R. überließ es im Ganzen dem richterlichen Ermessen, nach Zweckmäßigkeit die Vereinigung zu gewähren, oder zu versagen[5]). Am wenigsten konnte gemeinsames Auftreten da Besorgniß vor Verwirrung erregen, wo die Einheit des Prozeßinhaltes nicht gestört, vielmehr Anspruch oder Vertheidigung der Mehreren auf denselben Gegenstand[6]) gerichtet und ex eadem re herzuleiten war[7]). Wie überall war die mittelalterliche Doktrin dem

---

spec. IV, 1 de lib. concept. § 15 n. 11 sqq. oder II, 1 de incid. quaest. § 1 n. 6, oder in den Kommentaren des Bartolus, Baldus, Paul Castr. ad tit. Cod. 3, 40 finden sich vor. Dasselbe gilt von den älteren deutschen Prozessualisten. Ausführlicheres erst seit Ende des 17. sec. S. z.B. Nicolai, proc. judic. c. 7 nr. 46 sqq. c. 23; Leyser, med. II. spec. 118. Die weitere Literatur s. Wetzell § 63 Not. 11. S. neben Planck a. a. O. allenfalls Brackenhöft, Erört. S. 280 ffl.

3) Martin, Vorl. I. S. 224.

4) Planck S. 390 Not. 4. — Denn der spätere Hinzutritt oder Eintritt Mehrerer wird nicht Streitgenossenschaft genannt und zum Theil anders behandelt (Intervention u. Reassumtion), wenn auch dadurch dasselbe, nämlich die Zusammensetzung der Partei aus mehreren Subjekten entsteht. Renaud Not. 11.

5) Planck a. a. O. S. 105—126 und über die Fälle nothwendiger Vereinigung S. 126 ffl. So entspricht es dem dehnbaren mündlichen Verfahren.

6) um den nun ganz, L. 11 pr. de jurisd. 2, 1, anstatt sonst pro parte gestritten wird. Daß die Einheit des Objekts eines der wesentlichsten Momente, s. L. 9 pr. de lib. caus. 40, 12.

7) Nähere scholastische Definitionen enthalten die röm. Quellen nicht. Sie überließen das Weitere dem konkreten Urtheil. Cf. Quinctil. inst. orat. III, 10.

freien Ermessen auch hier abgeneigt. Galt es, eine allgemeine Regel zu finden, so lag es am nächsten, die in dem ohnehin weitläufigen Prozeß störende subjektive Mehrheit ganz auszuschließen [8]). Erst die neuere Praxis ist, in Folge der vollendeten Schriftlichkeit, welche trotz der scheinbaren Vereinigung doch Auseinanderhalten gestattet, der subjektiven Klagenhäufung wieder günstiger geworden. Indessen fordert sie doch eine gewisse legale Begrenzung [9]) und findet diese meist in dem, freilich überaus zweideutigen [10]), Erforderniß der Konnexität [11]). Häufig hat man darunter jederlei inneren Zusammenhang oder jederlei Gemeinsamkeit des Interesses verstanden [12]).

Bei schärferer Prüfung muß man zu folgenden Resultaten kommen:

A. Die Ansprüche oder Verbindlichkeiten der Streitgenossen müssen sich auf denselben Gegenstand beziehen, gleichviel ob an demselben der Einzelne pro rata oder in solidum berechtigt, bzw. verpflichtet erscheint [13]). Wenn von den Mehreren auf verschiedene Objekte geklagt wird, so ist keine Streitgenossenschaft möglich [14]). Es muß aber ferner auch Gemeinsamkeit des Zwecks vorliegen, welcher hinsichtlich dieses Gegenstandes verfolgt wird [15]).

B. Die Ansprüche der mehreren Verklagten müssen konnex sein. Das sollte von Haus aus so verstanden werden: sie müssen aus demselben Thatbestande (Einheit oder Identität der res bei Vertheilung ihrer Rechtswirkungen auf mehrere Subjekte, mag diese von Anfang an vorhanden gewesen, oder erst später, z. B.

---

8) S. Planck S. 392 Not. 12 über diese ältere Ansicht.

9) Planck S. 391.

10) Planck S. 337. 390.

11) S. die Zeugnisse bei Wetzell § 63 Not. 29.

12) Vgl. § 64. Planck S. 393; oder gar die blose Möglichkeit gemeinsamer Verhandlung; Wetzell § 63 Not. 26.

13) Denn das bezeichnet eben nur den Modus der Betheiligung an demselben Gegenstand. Daß dies den Römern gleichzeitig erschien, lehren die von Planck S. 107 ffl. betrachteten Stellen.

14) Wenn auch der Richter gleichzeitige Verhandlung wollte eintreten lassen, so entsteht doch kein consortium.

15) Es ist daher kein Litiskonsortium, wenn der Eine Eigenthum, der Andere Pfandrecht an derselben Sache geltend macht. So nimmt wenigstens die heutige Praxis an, trotz L. 9 pr. de lib. caus., wonach dergleichen Verbindung (nach Ermessen des Richters) nicht für unmöglich galt.

durch Erbschaft, eingetreten sein), stammen[16]). Damit würde sich jede Theilnahme am Prozeß auf Grund eines selbstständigen oder eigenen Fundaments ausscheiden, obwohl sie immerhin Veranlassung zu einer prinzipalen oder akzessorischen Intervention geben kann[17]).

Indessen faßt man meist den Begriff der Konnexität weiter[18]) und unterscheidet in Folge dessen eigentliche Streitgenossenschaft, welche aus der Einheit des Klagfundamentes entspringt, und uneigentliche[19]), welche aus Konnexität oder Gemeinsamkeit des Interesses entspringt[20]). Letztere erweist sich freilich im Einzelnen so dehnbar, daß damit faktisch größtentheils die Freiheit des richterlichen Ermessens wiederhergestellt erscheint[21]).

C. Es ist sodann erforderlich, daß die Kompetenz des angerufenen Gerichtes für die Mehrheit von Personen begründet

---

16) Cf. Quinct. l. c. III, 10. — Wenn Wetzell § 63 Not. 15 die Gemeinsamkeit des Entstehungsgrundes als Grundlage verwirft, da doch gemeinsames Kontrahiren, Delinquiren, oder gemeinsames faktisches Verhältniß zu einer Sache die gewöhnliche Veranlassung ist (s. die Beispiele Not. 18—23), weil „Klagen, die an verschiedenen Subjekten haften, nie denselben Ursprung haben", so ist das mehr als subtil. Die Gemeinsamkeit des Streitpunktes, worauf er Alles stellt, ist ein ganz vager Begriff.

17) Die Unterscheidung des litisconsortium juris und facti, jenachdem die Gemeinsamkeit aus demselben Vertrag (bzw. Delikt), oder aus derselben zufälligen Beziehung (communio incidens) entspricht, hat wenig Werth. Osterloh Not. 5.

18) S. über die versch. Ansichten Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 15 S. 364 ffl.

19) Martin, Vorl. I. S. 327 Not. 22.

20) Osterloh a. a. O. Not. 3. Wetzell Not. 13. — Der oft für diese Ansicht benutzte Dep.A. von 1600 § 23. 24. paßt gar nicht hierher.

21) Auch die allerneuesten Prozeßgesetze oder Entwürfe sind noch sehr unklar und haben sich, selbst wenn sie Mündlichkeit einführen, noch nicht entschließen können, Zulassung oder Versagung der subj. Klagenhäufung lediglich dem Richterermessen, womit Gehör der Parteien gar nicht ausgeschlossen wird, anheimzustellen. — Viel freier faßt Renaud Not. 7—9 den Begriff, indem er die subj. Klagenhäufung für statthaft erachtet, wo immer die Möglichkeit einer ordnungsmäßigen Verhandlung geboten sei, was „allerdings voraussetzt, daß nicht ganz verschiedenartige Ansprüche zusammen verfolgt werden." Allein so einverstanden man damit sein mag, so kann doch schwerlich trotz mancher Zeugnisse zu Gunsten des richterliches Ermessens (aus Seuffert's Arch. s. Not. 9 u. XIX, 189) dies zur Zeit schon als gemeine Meinung gelten.

sei[22]). Indessen kommt dieselbe nur da zur besonderen Frage, wo mehrere Verklagte gemeinsam belangt werden, welche an sich verschiedene Kompetenz hätten. Für diesen Fall gerade hilft der Begriff des sog. forum continentiae s. connexitatis (ex identitate fundamenti agendi personalis) aus (s. § 64 I.). Auch versteht sich von selbst, daß ein gemeinsames Auftreten Mehrerer nur in der gleichen Prozeßart möglich ist[23]).

II. Streitgenossenschaft aktiv oder passiv eintreten zu lassen, ist zunächst

A. eine Befugniß des klagenden Theils, bei welchem die Entscheidung liegt, sowohl ob Mehrere gemeinsam klagend auftreten, als auch ob Mehrere gemeinsam belangt werden sollen. Von Seiten der verklagten Partei kann zwar die Unstatthaftigkeit der Vereinigung gezeigt werden, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen mangeln, im Uebrigen aber kann sie nicht auf Vereinzelung dringen[24]).

B. Daß andererseits der Verklagte ein Recht habe, die Vereinigung, also das gemeinsame Auftreten mehrerer Berechtigten als Kläger, oder die gemeinsame Verklagung der mehreren Verpflichteten, mittelst der exceptio plurium litis consortium zu fordern, wird jetzt allgemein verneint[25]), während früher eine solche Einwendung[26]), jedoch ohne Grund in den Quellen[27]) und ohne

22) Planck S. 386 Not. 1.

23) Planck S. 390 Not. 3.

24) Wetzell § 53 nach Not. 30; Planck S. 394 Not. 1. Allein, wenn auch der Verklagte nicht gegen die Streitgenossenschaft opponiren kann, so sind doch neuere Gesetze (und auch die gemeine Praxis, s. Seuffert, XVII. Nr. 103) sehr geneigt, dem Richter das Recht der Trennung zu geben; wenigstens da, wo die Identität des „Rechtsgrundes" fehlt, Bad. P.O. § 100. Preuß. E. § 114. 236, auf Identität des Klaggrundes, Gleichartigkeit, oder gleichen Zweck der Klagen zu bringen. S. über die sehr abweichenden Bestimmungen Renaud Not. 13—17. Ueber Vereinigung erst in zweiter Instanz s. Seuffert, XIII Nr. 198.

25) Seuffert XV, 171. Inwiefern indirekt auf eine Vereinigung hingewirkt werden kann durch Litisdenunziation oder Adcitation s. § 77—79.

26) Aus Mißverständniß der L. 1 Cod. h. t. 3, 40, sowie aus Mißverständniß der Lehre von der Solidarität der Obligationen. Vgl. auch Linde a. a. O. Bd. 15 S. 408; Bd. 16 S. 91. — Schmid I. S. 142.

27) Planck S. 395 ffl. Wetzell S. 772 ffl.; über die versch. Auslegung der Stellen, welche von der Klage gegen einen von mehreren Tutoren oder einen von mehreren Bürgen handeln (L. 2 quib. ad eund. jud. 11,

praktisches Bedürfniß, zugelassen wurde. Wird Jemand wegen eines theilbaren Anspruchs pro rata belangt, so hat er kein Recht, die gleichzeitige Einklagung der übrigen Raten zu fordern. Wird er in solchem Falle auf das Ganze belangt, so genügt die Einrede der Zuvielforderung. Haftet dagegen der Verklagte in solidum, so ist es für ihn keine Beschwerde, wenn er allein belangt wird oder nur ein Kläger gegen ihn auftritt. Er kann im letztern Fall höchstens Sicherheitsleistung wegen seiner Befreiung auch den übrigen Berechtigten gegenüber verlangen [28]). Uebrigens erhellt, daß die absolute Versagung der gedachten exceptio [29]) einen Mangel hinterläßt, wenn nicht dem Gerichte die Befugniß zusteht, im geeigneten Falle auf Vereinigung hinzuwirken [30]).

III. Die Wirkung des vorhandenen Litiskonsortiums besteht einfach darin, daß die mehreren Streitgenossen dem Gegner als eine Partei gegenüberstehen [31]). Sie bilden weder eine juristische Person [32]), noch auch nothwendigerweise eine Sozietät [33]) oder Kommunion [34]). Jeder Streitgenosse ist im Gebrauche der pro-

---

2; L. 5 Cod. de tut. 5, 51; Nov. 99 c. 1 § 1) s. Planck S. 128; Wetzell Not. 33. Renaud Not. 21.

28) Nur darum handelt es sich also, ob der Klaganspruch in solidum oder pro rata geht; und das ist, wie Planck S. 400 bemerkt, eine Frage des materiellen Rechts. Der Einwand, daß nicht pro rata von Einem geklagt werden könne, ist mit der rein prozess. exc. plur. litis cons. nicht zu verwechseln. Vgl. Seuffert XV, 78. Untersuchungen über einzelne Arten von Klagen, die stets auf den obigen Hauptsatz zurückführen, s. bei Wetzell S. 773—767. Selbst die Vererbung der obligationes in faciendo macht ebensowenig Schwierigkeit. Es fragt sich hier, wie bei andern Leistungen eben nur, ob solidarische oder theilbare Berechtigung resp. Verpflichtung. Vgl. jedoch Renaud Not. 23. 24.

29) S. auch Han. P.O. § 33 Abs. 2; Bad. P.O. § 103; D. E. § 54. — Anders mehrere schweiz. Gesetze, s. Renaud Not. 26.

30) Die exc. plur. litiscons. bezeichnet die Umwandlung der freien Richterbefugniß, wie sie der röm. Prozeß kannte (Not. 5), in ein der Verhandlungsmaxime entsprechendes formales Parteienrecht. Verdient letzteres füglich fortgeschafft zu werden, so muß die erstere wiederhergestellt werden; vgl. § 152.

31) Planck § 51. 52; Wetzell § 63 Not. 106 ffl. Renaud § 59.

32) Danz, Grundsf. § 40; § 81 Not. m.

33) Sie können socii sein, brauchen es aber nicht. Planck S. 430. S. dazu Lüb. P.O. § 24; Bad. P.O. § 101. 102.

34) Wetzell Not. 107. 108. — Die Wirkungen eines unter ihnen

zessualischen Angriffs- und Vertheidungsmittel vollkommen frei[35]). Trotz der Streitgenossenschaft sind daher getrennte Verhandlungen und getrennte Schicksale der Streitbeendigung für die Einzelnen möglich. Ob Disposition, Verzicht, Ungehorsam, Judikat des Einzelnen Wirkung auf die andern hat, hängt erst davon ab, ob der Anspruch solidarische Natur hat. Bei Theilbarkeit ist die Frage zu verneinen.

Sie können aber auch gemeinsam handeln; und da dies um der Vereinfachung des Prozesses willen zweckmäßig erscheint, so sucht die Praxis, ohne daß ihr jedoch nach gemeinem Recht ein Zwang zu Gebote stände[36]), Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu veranlassen[37]). Auf denselben Punkt zielt auch die Unterstellung eines mandatum praesumtum des allein auftretenden Streitgenossen nach der Litiskontestation für die übrigen[38]).

Eine Folge davon ist ferner, daß die Kondemnation in der Sentenz, wenn anders der Anspruch ein theilbarer ist, im Zweifel auf gleiche Quoten geht[39]). Ebenso sind die Prozeßkosten an sich dem Gegner gegenüber ratenmäßig getheilt[40]). Wie sie

---

bestehenden Korrealverhältnisses gehören vollends nicht hierher. Osterloh S. 247.

35) Schmid S. 141 Not. 7. 9—10. Renaud S. 138. Die Konsequenzen zieht ausführlich Planck a. a. O. S. 410 ffl. Das gilt bes. auch von dem Gebrauch der Rechtsmittel, Appellation u. dgl.; s. § 231, 11. Soweit getrennte Verhandlung, soweit gewiß auch getrennte Appellationssumme nach dem Gegenstand der Beschwerde des Einzelnen; s. § 232, 24. Vgl. D. E. § 55; Bair. Art. 50; Preuß. E. § 236.

36) Vgl. L. 31 § 1 de procur. 3, 3. Wetzell Not. 111.

37) Planck S. 405 Not. 3. — S. im Näheren § 84, III.

38) L. 2 Cod. h. t. 3, 40; über die Auslegung der Kommentatoren s. Brunnemann ad h. t. Clem. 3 de procur. 1, 10. Planck S. 407—408; Wetzell § 63, 113. In modernen Ges. aufgehoben oder beschränkt; Renaud Not. 14 ffl. Vgl. über das mand. praes. § 90, II. Eine Konsequenz davon ist es, daß der Erfolg der Appellation eines Litiskonsorten allen zu Gute kommt, si una eademque causa defensionis. L. 10 § 4 de appell. 49, 1; L. 2 Cod. cit. S. unten § 231, 11 und Planck S. 415 ffl. — Ueber den Eid der Streitgenossen § 201, 29.

39) L. 59 § 3 mand. 17, 1; L. 43 de re jud. 42, 1; L. 2 Cod. si plures 7, 55.

40) Martin § 39 Not. n; Schmid a. a. O. Not. 4, auch Brackenhöfft, Arch. für pr. R.W. V. S. 77 ffl. (wegen L. 15 § 2 quod vi 43, 24) nehmen solidarische Haft der unterliegenden Streitgenossen

die Kosten unter sich zu repartiren haben, ist eine andere Frage [41]).

IV. Gemeindesachen, denen Prozesse der Handelsgesellschaften in gewissem Sinne gleichstehen würden, sind nicht besonders zu erwähnen [42]). Entweder klagt die Gemeinde oder Gesellschaft als solche, oder es klagen alle oder einzelne Mitglieder. Nur im letzteren Falle läßt sich von einer Streitgenossenschaft reden. Wie weit aber die juristische Person oder Gesellschaft als solche die gerichtliche Geltendmachung auszuüben habe, und wie weit dazu die einzelnen physischen Mitglieder befugt sind, hängt von dem Wesen der Korporation oder Gesellschaft ab. Darnach bestimmt sich namentlich auch, ob selbst bei Berechtigungen und Verpflichtungen, welche eigentlich den einzelnen Gemeindegliedern oder einzelnen Klassen derselben zukommen, dennoch die gerichtliche Geltendmachung der Gemeinde gebührt [43]), sowie ob unter der Firma der Gesellschaft (s. § 71, 4 ffl.) diese selbst, oder die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen klagen oder verklagt werden [44]).

IV. Theilnahme Dritter am Prozeß.

§ 74.

A. Uebersicht.

Unter Umständen kann ein Dritter, ohne allein oder als Streitgenosse von Anfang an Partei gewesen zu sein, in den Prozeß eintreten. Man könnte im weitesten Sinne hieher auch die Theilnahme des Prozeßvertreters (Anwalts) rechnen [1]); allein pas-

---

für die Kosten an, quasi ex delicto. S. dagegen Wetzell § 46 Not. 69b. Osterloh Not. 12; Planck S. 430 Not. 2. — Die neuere Gesetzgebung ist aber der Solidarität günstig. Bad. P.O. § 106; Preuß. E. § 1350 (pro rata oder in capita, wenn nicht solidarisch); Bair. E. Art. 92; D. E. § 68.

41) Schmid a. a. O. Not. 5.

42) Osterloh § 111.

43) S. darüber im Weiteren § 90, III.

44) Renaud Not. 12 unbedingt für das letztere; s. dagegen Endemann, H.R. § 35, II. § 49, II. § 56, IV.

1) Wetzell § 5 a. E.

sender wird die Theilnahme am Prozesse, welche lediglich in fremdem Namen und Interesse erfolgt, ausgeschieden (§ 80 ffl.). Ebenso die sukzessorische Theilnahme durch Reassumtion (§ 92).

Mithin handelt es sich an dieser Stelle um denjenigen Eintritt in den Prozeß, welcher in eigenem Namen und, ohne daß dadurch unmittelbar vermöge Rechtsnachfolge ein Einrücken in die Stelle einer der bisherigen Parteien herbeigeführt wird, zu geschehen pflegt. Im Ganzen faßt man solche Fälle zusammen unter dem Namen der Intervention. Wenn daneben Litisdenunziation, Nennung des Auktors und Adzitation besonders erwähnt werden, so erhellt von vornherein, daß das nicht andere Arten der Betheiligung am Rechtsstreit, sondern nur verschiedene Arten der Veranlassung einer Intervention sind.

Daran schließt sich dann die Heranziehung Dritter behufs Ertheilung einer Auskunft (§ 187 fff.) oder auch behufs Ableistung von Eiden an (§ 201, 46).

Behält man die Litisdenunziation, Nennung des Auktors und Adzitation gesonderter Darstellung vor, so ist Intervention [2]) im engsten Sinne diejenige Dazwischenkunft eines Dritten (Intervenienten) aus eigenem Interesse, welche ohne Aufforderung, also wesentlich proprio motu erfolgt. Hierher gehört auch der Eintritt des Adjudikatars in den Subhastationsprozeß, indem er zu dem betreibenden oder verkaufenden Gläubiger als Käufer in ein Verhältniß kommt, welches möglicherweise zu einer weiteren Prozedur nunmehr zwischen ihm und dem ursprünglichen Kläger Veranlassung gibt. Da jedoch von derjenigen Intervention, welche in Folge solcher Aufforderung irgendwie rechtlich erzwungen wird, die gleichen Regeln gelten, so muß zunächst die Lehre von der Intervention allgemeinhin und sodann die Reihe besonderer Veranlassungsgründe untersucht werden.

Die Intervention aber hat zwei wesentlich verschiedene und daher zu trennende Hauptarten: die prinzipale oder Haupt- und die akzessorische oder Nebenintervention.

---

2) Bayer § 41; Osterloh § 173.

B. Intervention.

§ 75.

1. Prinzipalintervention.

Martin § 303; Linde § 110; Heffter § 496; Schmid § 61; Bayer § 42; Osterloh § 173; Wetzell § 64 z. A.; Renaud § 153, 15 ffl.

I. Die Prinzipal- oder Hauptintervention ist nicht blos Theilnahme am schwebenden Prozeß, sondern ein eigener Prozeß (Zwischenklage), welcher zu einem bereits anhängigen in solcher Beziehung steht, daß er darum in den letztern sich einschiebt[1]). Der mit der Zwischenklage auftretende Intervenient nimmt das den Gegenstand des Streites zweier Parteien, oder der Exekution der einen bildende Objekt in Anspruch[2]). Jenachdem die Bitte der Zwischenklage das ganze Streitobjekt, oder nur einen Theil desselben angreift, so gleichgültig das für das Wesen derselben ist, unterscheidet man mitunter eigentliche und uneigentliche Hauptintervention[3]).

II. Die Hauptintervention hat ganz und gar die Natur einer selbstständigen Klage[4]). Die einzige Frage, welche noch entstehen kann, ist die, welchen Einfluß die Zwischenklage auf den bereits anhängigen Prozeß ausübt und wie folgeweise zu verfahren.

Im R. R.[5]) wird Einschieben der Klage eines Dritten in

---

1) Planck, Mehrheit der Rechtsstreit. § 24. 53; auch Heise und Cropp, Abhandl. I. Nr. 14.

2) Daß dies die Hauptfälle sind, s. Wetzell a. a. O. S. 797 ffl., ergibt sich von selbst. Beispiele des ersten Falles, wenn zwei Parteien um das Eigenthum an einer Sache streiten und ein Dritter behauptet, daß ihm dieselbe gehöre; wenn zwei Parteien um das Intestaterbrecht streiten und ein Dritter tritt als Testamentserbe auf; des zweiten, wenn an der zur Exekution gepfändeten Sache ein Dritter Eigenthum, Pfand- oder ein sonstiges die Exekution ausschließendes Recht behauptet.

3) Schmid S. 150.

4) Sie hat insofern einen negatorischen Karakter, als sie behauptet, daß die Parteien gar nicht befugt sind, um dies Objekt zu streiten, oder daß der betreibende Theil nicht das Recht habe, dieses Exekutionsobjekt zu ergreifen. Der künstlicheren Erklärung, die Wetzell S. 797 gibt, bedarf es schwerlich.

5) Ueber den alten Streit, ob das Institut aus dem R. R. herzuleiten sei, s. Schmid S. 151.

den schwebenden Prozeß nirgends erwähnt, vielmehr vorausgesetzt, daß jeder Dritte, welcher hinsichtlich desselben Objekts Ansprüche erhebt, dieserhalb besondere Klage anstellt[6]). Die möglicherweise vorhandene Beziehung der beiden an sich selbstständigen Prozesse zu einander fand, ohne daß die Exekution oder Verhandlung der einen Sache nothwendig sistirt zu werden brauchte, hinlänglichen Schutz in dem richterlichen Ermessen, welches Kautionsbestellungen gewähren und je nach Bedürfniß die gemeinsame Verhandlung vor demselben Richter, oder bei präjudiziellem Karakter die Vorverhandlung der einen Sache anordnen konnte[7]). In der früheren mittelalterlichen Doktrin kaum erwähnt[8]), bildete sich allmählig die Ansicht, daß der Dritte, welcher Ansprüche an dasselbe Streitobjekt erhebt, die Sistirung der Exekution oder des anhängigen Rechtsstreites verlangen dürfe. Erst damit war der Begriff Intervention hergestellt[9]). Je mehr sich im deutschen Prozeß die Neigung

6) S. die Untersuchungen von Planck § 24. —L. 57 de her. pet. 5, 3; L. 57 de rei vind. 6, 1. — Daß nach L. 63 de re judic. 42, 1 unter Umständen einem Dritten, der bisher gar nicht mitprozessirt hat, nach R. R. die Befugniß gegeben wird, als Interessent gegen die Sentenz zu remedisiren (s. § 231, 14), gehört eigentlich gar nicht an diese Stelle. Wetzell Not. 5; Planck S. 166.

7) Planck S. 339. — Es zeigt sich hier abermals die natürliche Dehnbarkeit des mündlichen Verfahrens. An all die künstlichen Theorien, welche aus dem Röm. Prozeß auch hier wieder eine systematisch fertige Lehre herausschlagen wollen, hat kein röm. Jurist je gedacht. Aus den sämmtlichen Stellen ist Nichts zu lernen, als daß Alles nach praktischer Zweckmäßigkeit gemacht wurde. Vgl. unten § 152.

8) Wenigstens erwähnen die Prozessualisten davon Nichts. Die Kommentatoren (wie Bartolus, s. Planck S. 441), behandeln die röm. Sätze durchaus noch als praktisch.

9) Man beruft sich dabei gern auf das Kan. R. Indessen behandelt c. 17 X. de sent. 2, 27, zwar nicht die akzess. Intervention, wie Planck S. 440, noch auch die prinzipale, wie Wetzell S. 797 Not. 10 will, sondern den Fall (s. Not. 6), daß ein Dritter wegen der möglicherweise auf ihn sich erstreckenden Wirkungen der Sentenz gegen solche appellirt; und diese Appellation des bis dahin gar nicht im Prozeß gestandenen Dritten, der interveniens genannt wird, soll Suspension der Vollstreckung zur Folge haben. S. Gonzal. Tell. comm. ad h. l. Dagegen erkennt c. 38 X. de test. 2, 20 (ebenfalls vor Innocenz III.) schon allgemeiner an, oder ist doch dahin verstanden worden, daß jede Opposition eines Dritten auf Grund eines besseren Rechts zur Sistirung des seitherigen Prozesses

kund gab, zusammenzuziehen (§ 95, III. B.), und je weniger die Schriftlichkeit Verwirrung besorgen ließ, da auf dem Papier immer Sonderung für die Kognition möglich, desto lieber zog man den Anspruch des Dritten in den bereits schwebenden Prozeß, um ihn entweder pari passu, oder bei präjudizieller Beschaffenheit mit Hemmung desselben zuerst zu entscheiden[10]). Indem nun die Theorie zu fixiren suchte, unter welchen Voraussetzungen dem Betheiligten ein Recht auf diesen Effekt zustehe und dem Richter die Pflicht obliege, zu vereinigigen oder zu sistiren, bildete sich die Lehre von der Intervention[11]).

III. Für die Hauptintervention in diesem Sinne, welche gemeinrechtlich noch fortwährend anerkannt wird[12]), wenn sich auch im Einzelnen Manches modificirt hat, gelten folgende Regeln:

A. Die Intervention muß vor völliger Beendigung des bereits anhängigen Prozesses einkommen. Natürlich; sonst wäre es keine Intervention mehr. Zum Prozeß gehört aber auch noch das Stadium des Exekutionsverfahrens[13]). Bis zu dessen völliger Beendigung kann in jeder Lage des Prozesses intervenirt werden[14]).

---

und gemeinsamen Untersuchung der beiderseitigen Rechte führen könne. Gonzal. Tell ad. h. l. not. f.; Felin. Sand. ad h. l. nr. 5.

10) Ueber die Literatur s. Planck S. 441—442; bes. Mindanus, de contin. caus. c. 8. 9, auch Brunnem. c. 13; Carpzov. pr. j. IV, 2 § 1.

11) So entspricht es dem formalen Verhandlungsprozeß, im Gegensatz zu dem röm. Proz. (s. Not. 5).

12) Die formellen Bedenken, welche auch Renaud Not. 21 ffl. aufstellt, sind schwerlich entscheidend; wie denn auch die Praxis die Prinzipalintervention trotz ihrer angeblichen „gemeinrechtlichen Unstatthaftigkeit" aufrecht gehalten hat.

13) S. § 254. Selbst die neueren Prozeßgesetze, welche der Exekution eine ganz getrennte Ordnung geben, erachten doch die Prinzipalint. als ein fortbestehendes Institut. Han. P.O. § 38; Bad. P.O. § 107; D. E. § 57. 59. — Die Intervention in dem Exek.-Verf. hält Renaud (§ 168) für eine mit sonstiger Hauptint. nicht zu verwechselnde Sache.

14) Martin, Vorl. I. S. 427; Osterloh a. a. O. nach Not. 9. — Treten sonst beide Kläger gleichzeitig bei demselben Richter auf (Planck S. 454), aber in getrennter Prozedur, so handelt es sich möglicherweise um eine präjudizielle Beschaffenheit oder um Zusammenhang (§ 153), aber nicht um Intervention. Daß letztere nur Recht, nicht Verbindlichkeit, ist klar; Seuffert XII, 311.

B. Sie wird wegen ihrer sog. Konnexität bei dem Gericht des bereits anhängigen Prozesses als dem zuständigen Forum angebracht (§ 64 IV. C). Ob der Prinzipalintervenient sich nur gegen eine der streitenden Parteien, meist den Kläger, wie da, wo er ein Recht zur Verhinderung der Exekution geltend macht, oder gegen beide, als Interventen, wendet, ist eine konkrete Frage[15]).

C. Ueber die Wirkung auf den anhängigen Prozeß herrscht großer Zweifel. Die Einen wollen unbedingt sistiren, Andere nur bei präjudizieller Beschaffenheit, oder gegen Kaution[16]). Mitunter erweist sich die Sistirung, insbesondere die Exekution, geradezu nothwendig[17]), indessen kann im Ganzen nur konkretes Ermessen über die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit dieser Maßregel, wobei oft der Gebrauch von Kautionsauflagen gute Dienste thut, entscheiden[17a]).

D. Will der Intervenient Sistirung des bereits anhängigen Prozesses, so muß er bei Anstellung der Intervention neben den Erfordernissen der Klagebegründung (Not. 4) darthun, daß sich der betreffende Anspruch dazu eignet, im Anschluß an den Hauptprozeß und mit Hemmung desselben verhandelt zu werden[18]). Dieser Interventionsgrund soll nach der gewöhnlichen Annahme sofort bescheinigt sein[19]), wovon jedoch die Praxis oft absieht.

---

15) Es kann sein, daß der Intervenient nur den seitherigen Kläger, resp. betreibenden Theil ausschließen will; es kann aber auch sein, daß er zugleich positiv dem Verklagten das Objekt abstreiten will. Vgl. dazu Wetzell S. 797—798. Darnach gestaltet sich dann die Rubrik des, ohnehin trotz der Vereinignng gewöhnlich gesonderten, Aktenfaszikels über die Intervention.

16) Martin § 303 Not. h; Vorl. II. S. 247; Schmid S. 157 Not. c; Bayer § 42 Nr. 2.

17) z. B. Sistirung des Pfänderverkaufs, zur Vermeidung unersetzlichen Nachtheils.

17a) Dahin gelangt auch Planck S. 451. — Die neueren Gesetze dem entsprechend; Lüb. P.O. § 25; Han. P.O. § 38; D. E. § 58 ffl.; Bair. E. Art. 61; Preuß. E. § 716 Nr. 2 u. Nr. 1. Mit a. W., man ist insofern schon zu der röm. Behandlungsweise zurückgekehrt.

18) So ist Schmid S. 156; Martin, Vorl. II. S. 426. 428 zu verstehen.

19) Planck S. 440 Not. 23; wie dies meist bei außerodentlichen prozessualischen Vorkommnissen erheischt wird. Osterloh Not. 12; Martin, Vorl. II. S. 428 Not. 8; Wetzell Not. 18. — Han. P.O. § 35; D. E. § 59. 60.

Ueber die Begründung und Bescheinigung der Intervention als solcher kann sodann weitere Verhandlung, der sog. Interventionsprozeß entstehen[20]), welcher mit Zulassung oder Abweisung der Intervention endet[21]).

E. Der Enderfolg der Intervention, über deren materiellen Inhalt so zu verhandeln ist, wie über jede Klage, führt entweder dahin, daß der Intervenient obsiegt. Dabei muß unterschieden werden, ob er nur den seitherigen (s. Not. 2) betreibenden Theil von seiner Stelle verdrängt, wonach denn nöthigenfalls erst noch mit der andern Partei weiter zu prozessiren bleibt, oder ob er beiden Parteien gegenüber sein Recht erstritten hat. Oder er unterliegt, alsdann nimmt das bis dahin gehemmte Verfahren seinen Fortgang[22]).

§ 76.

2. Akzessorische Intervention.

Martin § 305; Linde § 110; Heffter § 498; Schmid § 61; Bayer § 44; Osterloh § 173; Wetzell § 7 z. A.; Renaud § 47.

I. Akzessorische oder Nebenintervention ist da, wo ein Dritter an dem bereits anhängigen Rechtsstreit neben (an der Seite) einer Partei Theil nimmt[1]). Sie ist insofern bereits im R.R. angedeutet, als dort Dritte, welche von Haus nicht Partei waren, wegen ihres Interesses an der Sache, indem ihnen unmittelbar die Wirkungen der in dem Prozesse ergangenen res ju-

20) Martin II. S. 424; Schmid § 63 z. A.; Osterloh S. 532.

21) Schmid Not. 5; Martin II. S. 428, VII.; Planck S. 451. Diese, übrigens appellable, Entscheidung ist an sich noch nicht Entscheidung über das Materielle des Interventionsanspruchs.

22) Aus diesem Allem geht hervor, daß der Begriff der Intervention auf dem rein äußerlichen Moment der (großentheils nur vermeintlichen) Einschiebung in einen andern Prozeß beruht. Alles Andere ist nur Frage der Präjudizialität, die auch unter ganz getrennten Prozessen auftauchen kann. — Natürlich hat der Intervenient auch selbstständig alle Rechtsmittel. Zweifel über die App.-Summe, je nach seinem Interesse s. Seuffert XVIII, 76.

1) Zu den bei Wetzell Not. * aufgeführten Monographien, worunter bes. Brauer im Arch. f. civ. Prax. Bd. 24 S. 423 ffl. zu erwähnen, kommt noch Maxen, Zeitsch. für Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 21 S. 365.

dicata drohten[2]), oder wo ihnen mittelbar Regreßhaft auf Grund des Urtheils bevorstand[3]), nicht nur selbstständig die Appellation ergreifen[4]), sondern auch schon vorher sich an der Verhandlung betheiligen[5]) konnten[6]). Das Alles begreift sich von den Wirkungen der auf materielle Wahrheit gestützten Rechtskraft aus[7]); wie denn der Karakter des mündlichen Prozesses diesen Eintritt in der formlosesten Weise gestattete[8]).

Erst der moderne Prozeß hat im Anhalt an die römischen Quellen, indem man die Voraussetzungen, die Form und die Wirkungen eines solchen Hinzutritts in abstrakte Regeln faßte, die Lehre von der sog. akzessorischen Intervention ausgebildet[9]), deren Formalismus indessen wesentlich gemildert worden ist[10]).

---

2) S. § 147, III. Den Grund der subjektiven Ausdehnung der Rechtskraftswirkungen (L. 63 de re judic. 42, 1) hat Maxen a. a. O. § 11 ffl. nicht genügend entwickelt.

3) L. 5 pr. de appell. 49, 1.

4) S. § 231, II. B. Wetzell Not. 1.

5) causae adesse; L. 29 pr. de inoff. test. 5, 2; cf. L. 69 de procur. 3, 3; L. 6 § 1 L. 11 pr. de postul. 3, 1; L. 55 de evict. — Den Ausdruck: intervenire s. in L. 4 § 4 de appell. 49, 1; L. 63 de re judic. 42, 1.

6) Planck, Mehrheit der Rechtsstreit. § 21.

7) S. § 147, III. u. Endemann, Prinzip der Rechtskr. § 14. Anstatt dieses überaus einfachen, heut' zu Tage freilich verlorenen Gesichtspunktes zieht man es vor, wie auch von Maxen a. a. O. wieder geschieht, die künstlichsten Wendungen in die Aussprüche der röm. Juristen hineinzutragen.

8) Wie nahe das causae adesse eines Interessenten an die Stellung des procurator, oder noch mehr des defensor sich anschließt, zumal nach der Idee des dominium litis, bemerkt man leicht; Maxen S. 452; s. auch Bayer § 44 z. A.; ebenso, daß gerade bei dem dominium litis häufig für den Prinzipal Ursache entstehen konnte, in dem Prozeß zu interveniren.

9) Der dogmengeschichtliche Verlauf ist derselbe, wie in § 75 II. dargestellt wurde. Ob das Kan. R. in c. 38 X de test. 2. 20 ein Zeugniß für akzess. Intervention enthält, s. § 75, 9. Die Möglichkeit einer Intervention wird von den Glossatoren und Kommentatoren nach den röm. Stellen anerkannt. Die älteren Prozessualisten behandeln höchstens vereinzelte Fragen. Eine abgerundete Darstellung findet sich erst bei Gaill. obs. I, 69; u. Mindan. de contin. caus. c. 8. Carpzov. pr. j. IV, 2 § 2. S. dazu noch Claproth, Einl. II. § 445 ffl.

10) Wie man bei mündlichem Prozeß wieder sehr frei den Eintritt Dritter behandeln kann, lehrt z. B. der Preuß. E. § 719 ffl.

II. Voraussetzung ist das Vorhandensein eines genügenden Interesses, ein Begriff, der sich abstrakt kaum genauer definiren läßt [11]). Ob der Interessent zur Intervention von einer der Parteien aufgerufen wird [12]), oder ob er aus eigenem Antriebe [13]) und sogar gegen den Willen der Partei auftritt [14]), ist für die prozessualische Bedeutung der Intervention selbst gleichgültig [15]). Doch unterscheidet man darnach interventio necessaria in Folge einer mit gewissem Zwang versehenen Aufforderung, insbesondere in Folge einer litis denunciatio oder adcitatio, und int. voluntaria [16]).

Das Interesse muß nach althergebrachter Ansicht [17]) aus demselben Grunde, wie bei der Prinzipalintervention, sofort bescheinigt worden [18]). Daß die akzessorische Intervention nur bei dem Gericht stattfinden kann, wo der Hauptprozeß bereits anhängig, ergibt sich von selbst (§ 64 IV. C.).

III. Da hiernach die akzessorische Intervention bestimmte materielle und formelle Voraussetzungen hat, so entsteht zuvörderst

---

11) Nachdem die unmittelbare Wirkung der Rechtskraft auf Dritte wenig mehr anerkannt wird (§ 147 a. E.), liefern die Fälle der Regreßpflicht jedenfalls das Hauptkontingent. Allein sie sind doch nicht die einzigen, oder man muß den Begriff der Regreßpflicht so weit verstehen, daß alle Fälle darunter gehören, in welchen das Urtheil Jemanden präjudizirlich werden kann. So darf der Aktionär im Streite interveniren, den der Vorstand führt; H.G.B. Art. 194. 195. 220; nach einer vielfach verbreiteten Praxis das Gemeindeglied im Prozesse der Gemeinde u. s. w. — Daß das Interesse ein rechtliches, i. e. rechtlich greifbares sein muß, was Maxen § 2 ausführlich erörtert, will nicht viel zur Definition beitragen. Vgl. auch Bayer a. a. O. Nr. 1. 2; ferner Han. P.O. § 35; Bad. P.O. § 109; D. E. § 60; Bair. E. Art. 60; Preuß. E. § 719 ffl.

12) S. darüber die §§ 77 ffl.

13) wenn auch faktisch leicht genöthigt.

14) S. über diesen Gegensatz noch Gaill. l. c. nr. 7; Maxen a. a. O. § 3.

15) Man kann immerhin die vorkommenden Interventionsfälle der Uebersicht halber darnach eintheilen, wie von Maxen § 4 u. 9 ffl. geschieht.

16) So schon Brunnem. proc. civ. c. 13 nr. 1; Claproth, § 445.

17) S. die Zeugnisse bei Wetzell Not. 14; Renaud Not. 4.

18) S. auch noch Han. P.O. § 35; Bad. P.O. § 112; s. dag. D. E. § 60.

ein Inzidentverfahren über deren Zulässigkeit, der sog. Interventionsprozeß [19]). Sofern nicht der Richter in der Lage ist, sofort den Interventionsantrag als unstatthaft oder unbegründet zurückzuweisen, sind die Parteien darüber zu hören [20]). Denn Niemand braucht sich einen unbefugten Assistenten oder einen Prozeßgegner mehr ohne Grund aufdringen zu lassen. Nach Verhandlung, welche eine summarische sein soll [21]), wird über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Intervention erkannt [22]). In dieser Weise kann die Intervention in jeder Lage des Prozesses geschehen bis zur Endsentenz [23]). Die Verhandlung über ihre Zulassung (s. III.) kann, muß aber nicht den Hauptprozeß aufhalten [24]).

IV. Die Wirkung der zugelassenen Intervention besteht darin, daß der Intervenient in den Prozeß tritt. Er muß denselben in der Lage aufnehmen, in welcher er sich befindet [25]). Mithin kann er nur im Wege der Restitution Behauptungen, Vertheidigungsmittel oder Beweise nachbringen, welche in das bereits abgelaufene Verfahren gehört hätten [26]). Von dem Eintritt an sind ihm die Verfügungen zu behändigen [27]).

Im Weiteren ist es möglich,

A. daß er den ganzen Prozeß allein übernimmt [28]), während die seitherige Partei ausscheidet. Alsdann wird die Intervention also Veranlassung zu einer Reassumtion [29]).

---

19) Vgl. § 75, 21. — Gegen diesen Namen s. Osterloh S. 534. Indessen ist er üblich; Martin II. S. 424, IV; Mayen a. a. O. S. 447.

20) Gaill. I, obs. 75 nr. 5; Bayer § 44.

21) d. h. mit sofortigem Beweisantritt über alle des Beweises bedürftigen Punkte, da ja schon der Interventionsgrund bescheinigt ist.

22) Schmid § 63; Martin, Vorl. II. S. 425. 429. — Von alle dem weiß der röm. Prozeß Nichts.

23) Mayen S. 471.

24) Martin, Vorl. II. S. 428, VI. — Die Sistirung wird geradezu versagt im Preuß. E. § 729.

25) c. 2 in VI. ut lite pend. 2, 8. — Lüb. P.O. § 26; Hanov. P.O. § 36; Bad. P.O. § 111; D. E. § 60; Bair. E. Art. 61 Abs. 4; Preuß. E. § 720.

26) Gaill. I, 71 nr. 12 sqq.; Wetzell Not. 24; Schmid S. 158.

27) Wetzell Not. 25.

28) als procurator in rem suam. Wetzell § 7 Not. 18.

29) S. § 93; Bad. P.O. § 114; Preuß. E. 722. 723. — So na-

B. Oder er tritt neben die Partei[30]). Er kann ihr jedenfalls, soweit er gleiches Interesse hat, assistiren[31]). Er kann aber auch selbstständig[32]) neben der Partei handeln[33]), soweit es sein Interesse verlangt. Freilich soll er dabei nicht befugt sein, Handlungen vorzunehmen, welche dem Interesse der assistirten Partei widerstreiten[34]). Allein die Grenze dessen, was der Intervenient allein ohne den Interventen zu thun vermag, bleibt leicht unklar[35]). Jedenfalls gibt man ihm das Recht, selbstständig Rechtsmittel zu ergreifen[36]).

V. Mitunter hat man noch eine gemischte Intervention, zusammengesetzt aus prinzipaler und akzessorischer, für die Fälle aufgestellt, in denen die Absicht sowohl auf Vertretung des Interventen, als auch auf Ausübung einer eigenen Befugniß gerichtet

---

mentlich der auctor laudatus, s. § 78; daher denn auch die Stellung der nominatio bei Renaud in § 51.

30) Die, nicht überall passend, Intervent genannt wird.

31) Das nennt man causae adesse; s. Not. 5; Wetzell Not. 19. L. 1 Cod. de peric. et commod. 4, 18.

32) wie der Litiskonforte, s. § 73 III. Neuere Gesetze sagen mitunter geradezu, daß der Intervenient Streitgenosse wird; z. B. Bad. P.O. 110; Brauer a. a. O. XXIV. S. 455; wogegen Maxen S. 451 Not. 7 den Intervenienten eben nur als Nebenassistenten behandelt.

33) Causam agere. L. 14 pr. L. 20 § 1 de app. 49, 1. Wetzell Not. 22; Maxen a. a. O. S. 453.

34) Maxen S. 455 Nr. 2.

35) Weil man schwankt, ob der Intervenient Streitgenosse, oder nur Beihelfer sein soll. Ist er letzteres, so versteht sich nach § 73, daß er insoweit für sich handelt, daß seine Handlungen und Dispositionen den Interventen so wenig binden, wie umgekehrt. Wetzell nach Not. 25. So z. B. fragt es sich, ob er fortsetzen kann, wenn der Intervent den Prozeß aufgiebt u. dgl. Schmid a. a. O. Not. 8. Ausführlichere Untersuchungen über die ziemlich unpraktische Frage s. bei Maxen S. 456 ffl.; insbes. über die Behandlung der Eideszuschiebung, die sich darnach entscheiden muß, ob der Intervenient wirklich mit Partei ist, oder nicht, das. S. 461. 469; Wetzell Not. 26; vgl. unten § 201, II B.

36) Wetzell Not. 20; Maxen S. 465 ffl. Auf Grund der röm. Stellen (s. oben Not. 5, dazu L. 5 § 1—4 de appell. 49, 1;), die indessen gar nicht von der Appellation des Intervenienten, sondern von der solcher Interessenten reden, welche noch gar nicht im Prozeß gestanden haben.

sei[37]). Sie ist ein Widerspruch in sich und vollkommen unnöthig[38]).

C. Besondere Veranlassungen der Intervention.

§ 77.

1. Streitverkündigung.

Martin § 307; Linde § 112; Heffter § 501; Schmid § 64; Bayer § 47; Osterloh § 174; Wetzell § 7 Nr. 2; Renaud § 48.

I. Streitverkündigung, denunciatio litis, ist die von der einen oder der andern Partei an einen Dritten ergehende Aufforderung, an dem Prozeß Theil zu nehmen. Sie ist mithin nur die Veranlassung zu einer, und zwar akzessorischen, Intervention[1]). Man unterscheidet, jenachdem der Denunziant durch Androhung von Nachtheilen für den Fall des Ausbleibens einen Zwang erfährt, oder nicht, denunciatio litis necessaria und voluntaria. Indessen nennt man in anderem Sinne auch diejenige eine denunciatio necessaria, welche für den Denunzianten aus rechtlichen Gründen nothwendig wird[2]).

II. Die letztere knüpft sich im R.R. an die Eviktionspflicht des Verkäufers. Der Käufer, welchem durch Klage eines Dritten Gefahr droht, daß ihm die erkaufte Sache entwährt

---

37) Schmid S. 153; Osterloh S. 529.

38) Martin, Vorl. II. S. 424; Bayer § 45; Planck a. a. O. S. 470.

1) S. § 76, 12. Nur von dieser Seite her gehört die litis denunciatio in die Prozeßlehre. In der älteren Zeit wird sie bei den Prozessualisten gar nicht, sondern nur in den Darstellungen des materiellen Civilrechts (gelegentlich der Ediktionslehre) erwähnt. S. bes. Covarruv. var. res. III c. 17; L. Molina de just. et. jud. dec. 380 nr. 9 sqq.; sodann Stryk de lit. denunc. 1711. Erst in Prozeßdarstellungen des 17. sec. wie z. B. von Nicolai, c. 24; Brunnemann c. 11., wird sie ex professo behandelt. Die Literatur s. bei Wetzell § 7 Not. ** und in der ausführlichsten neueren Darstellung von Fuchs, Arch. f. pr. R.W. II S. 337; III. S. 1; auch bes. gedruckt unter dem Titel: Beiträge zum Civilproz. Marb. 1855 Hft. 1.

2) Vgl. Bayer a. a. O.

werde, hat den für ungestörte Innehabung (habere licere) haftenden Verkäufer[3]) zur Hülfeleistung in dem Prozeß aufzufordern[4]), weil ja der Verkäufer am besten über jene von Dritten erhobenen Ansprüche instruirt sein muß[5]). Ebendeshalb erscheint die Benachrichtigung des Verkäufers[6]) als Pflicht und die Unterlassung so sehr als Schuld des Käufers, daß davon der Regreßanspruch wegen Eviktion abhängt[7]). Der nicht denunzirende Verkäufer hat regelmäßig die Vermuthung schuldvoller Unterlassung und folglich schuldvollen Verlustes des Eviktionsprozesses gegen sich[8]). Erst in neuester Zeit ist zunächst die römische Behandlung der Denunziation wieder richtiger erkannt und dadurch die oft unklare Lehre der älteren Prozessualisten, welche, dem allgemeinen Zuge folgend, Voraussetzungen und Wirkungen durchweg genauer zu fixiren bemüht war, einigermaßen überwunden worden[9]).

III. Im Einzelnen ist Folgendes zu erwähnen:

A. Die Denunziation kann sowohl von dem Kläger, wie von dem Verklagten[10]) geschehen. Sie ist ein Prozeßantrag, der

---

3) L. 11 § 2; L. 30 1 de act. emt. vend. 19, 1; L. 25 § 1 de contrah. emt. 18, 1; Savigny, Syst. Bd. 4 S. 101. — Ueber den Umfang, in welchem Eviktion möglich, s. Fuchs a. a. O. § 2.

4) L. 53 de evict. 21, 2.

5) Fuchs § 5 z. A.

6) Ueber den Namen „litis denunciatio" und „laudare auctorem" s. Fuchs § 1.

7) Von der actio ex duplae stipulatione, die für uns unpraktisch ist (Sintenis, Civilr. II. § 116 Not. 115), s. Fuchs § 3. 4. — Was die actio emti wegen Eviktion angeht, so sagen die Quellen theils: actionem non habet, L. 8 Cod. de evict. 8, 45, oder: agere non potest, L. 49. 53 de evict. 21, 2; theils daß eine exceptio (doli) zu opponiren sei; L. 29 § 3 de leg III. Daher denn die Streitfrage, ob die actio emti bei unterlassener Denunziation an sich noch zustehe, oder nicht, Fuchs § 5, welche im R.R. gar nicht die Bedeutung hatte, wie in dem formalen Verhandlungsprozeß. Jetzt ist die herrschende Meinung für exc.; s. Not. 30. 32.

8) Osterloh § 17—20.

9) Das ist der Kern der älteren Lehre, die sich mit der röm. dehnbaren Vermuthung, zu der man jetzt (s. unten IV.) mit Recht zurückkehrt, nicht begnügen konnte u. wollte. S. z. B. Brunnem. c. 11.

10) der dazu einer Widerklage oder Exception gegenüber gleiche Veranlassung hat. S. auch L. 16 § 1. L. 29 § 1. L. 66 de evict. 21, 2.

auch durch den Prokurator geschehen mag [11]). Denunzirt wird dem nächsten Verkäufer [12]), bzw. Regreßpflichtigen selbst, oder seinem Vertreter nach den für die gerichtlichen Ladungen geltenden Grundsätzen [13]).

B. Der Streit muß so rechtzeitig verkündigt werden, daß Vertheidigung des Denunzianten durch den Denunziaten noch möglich ist. Sonst wird das in jeder Lage des Prozesses gestattet [14]).

C. Eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben. Nach R.R. mochte die Streitverkündigung sogar durch außergerichtliche Privatanzeige geschehen [15]). Seitdem ist jedoch um der Sicherung des Beweises willen Anruf des Gerichts und Erlaß einer monitorischen Aufforderung an den Denunziaten durch gerichtliches Dekret üblich geworden [16]). Dabei werden die seitherigen Verhandlungen dem Denunziaten in Abschrift mitgetheilt oder zur Einsicht offen gestellt, um ihm Kenntniß von der Lage des Prozesses zu gewähren [17]). Die Androhung geht nur auf den, eigentlich selbstverständlichen, Vorbehalt des Regresses (Not. 33).

Den gestellten Antrag auf Denunziation hat der Richter zu

---

11) Fuchs § 7.

12) denunciatio per saltum, wo eine Reihe von mehreren sukzessiven Verkäufern ist, kann nicht stattfinden. Osterloh Not. 5.

13) Fuchs § 8. Darnach bestimmt sich auch, wie zu denunziiren sei, wo mehrere Verkäufer oder mehrere Erben des einen Verkäufers sind. Wetzell Not. 34; Osterloh Not. 4; Fuchs § 8 Not. 130. 131.

14) Schmid Not. 2; Osterloh Not. 8; Bayer Nr. 2. Auch noch nach der cit. cont. L. 29 § 2 de evict. 21, 2; vgl. L. 29 § 3 de leg. III. — Wetzell Not. 28. Ueber die mancherlei Versuche, die Rechtzeitigkeit schematisch näher zu definiren, s. Fuchs § 10. Vernünftigerweise bleibt es konkrete Frage, ob Vertheidigung noch möglich. — Vgl. auch Bad. P.O. § 736; D. E. § 61 Al. 2; Bair. E. Art. 53 Al. 1; Preuß. E. § 735. 736.

15) Wetzell Not. 36; Fuchs § 9. — Wie auch andere Denunziationen lediglich Parteiakte waren; s. Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 249; Rudorff, Rechtsgesch. II. § 94 Not. 12.

16) Wetzell Not. 36; vgl. auch Bayer Nr. 1; Osterloh Not. 7. 8. Wenn auch außergerichtliche Denunziation vollkommen statthaft bleibt; Fuchs § 9 Not. 140; § 15 Not. 67 ffl. — Han. P.O. § 41; D. E. § 61.

17) Fuchs § 9 Not. 141, 142; § 15 Not. 68.

prüfen und im Falle der Unzulässigkeit zu verwerfen[18]); daher denn der Antrag insoweit Begründung voraussetzt[19]). Hält er denselben für zulässig, so erfolgt die Willfahrung, da sie materiell ganz unpräjudizirlich erscheint[20]), sofort ohne Gehör des Gegners oder des Denunziaten[21]). Indessen ist nachträgliche Einwendung des Gegners gegen die Zulassung der Denunziation[22]) nicht ausgeschlossen[23]).

D. Die Folgen der Denunziation bestehen darin, daß

1. entweder der Denunziat kommt und an dem Prozesse Theil nimmt. Alsdann richtet sich seine Stellung durchaus nach den in § 76 dargestellten Grundsätzen[24]). Er hat, sofern er nicht den ganzen Prozeß übernimmt[25]), die Stellung eines Nebeninterveniente[26]). Durch seinen Beitritt erkennt er übrigens noch keineswegs den Regreßanspruch an; ebensowenig genehmigt er ohne Weiteres die bis dahin stattgehabte Prozeßführung[27]).

2. oder daß er ausbleibt, oder, was dem gleichsteht, zwar kommt, aber seinen Eintritt in den Rechtsstreit verweigert[28]). Hat dazu der Denunziat gerechte prozessualische oder materielle

---

18) Fuchs § 15 Not. 65; dagegen findet Rechtsmittel der Extrajudizialappellation statt.

19) Vgl. Preuß. E. § 737.

20) Eben deshalb wird der Richter überhaupt lieber willfahren, als verwerfen.

21) Martin, Vorl. II S. 432, III; Seuffert XI, 303; Preuß. E. § 740.

22) wozu natürlich nur Veranlassung, wenn der Denunziat kommt. — Der Denunziat dagegen hat keine Ursache, gegen die Denunziation, die er für unbegründet hält, zu opponiren. Er bleibt eben weg.

23) Martin, Vorl. II S. 432, III.

24) Osterloh Not. 13; Wetzell a. a. O. Nr. 2 a. E.

25) Rudorff, röm. R.G. II § 36 Not. 20. 21; Wetzell Not. 38; als procurator in rem suam oder als Reassument; s. § 76, 29; oder als Vertreter des Denunzianten; Fuchs § 17 Nr. 2a.; Renaud Not. 17.

26) Weitere Ausführungen s. Fuchs § 18. 19. Auch hier zeigen sich nun die § 76 berührten Zweifel, ob er Streitgenosse oder nur Hülfsassistent sei.

27) Seuffert III 389; Han. P.O. § 41; Bad. P.O. § 119; D. E. § 61 a. E.

28) Fuchs § 16; § 17, II, 1.

Gründe, so bleibt ihm deren Ausführung demnächst, wenn der Denunziant aus der Streitverkündigung Rechte herleiten will, unbenommen. Indessen kann er auch jetzt schon auf die an ihn ergangene Ladung zwar nicht die Verhandlung seiner Regreßpflicht, wohl aber die Entscheidung über diejenigen Gründe veranlassen, aus welchen er die formelle Statthaftigkeit der Denunziation bestreitet (Not. 18—20). Sonst aber hat nach der jetzt im Allgemeinen anerkannten Ansicht mit der Streitverkündigung der Denunziant insofern die Grundlage seines Regreßanspruchs gewonnen, als er nun dem ihm nicht assistirenden Denunziaten gegenüber die Präsumtion (und zwar praesumtio juris)[29]) des Fleißes für sich hat[30]). Der auf Regreß belangte Denunziat kann aber dagegen zeigen, daß der Denunziant dennoch durch eigenes Verschulden den Prozeß verloren habe[31]); wie um=

---

29) S. darüber Masc. de prob. concl. 531 nr. 53. 54; quia non potest ignorantiam allegare denunciatus.

30) Fest steht, daß der Eviktionsverpflichtete dann nicht haftbar ist, wenn dem Käufer die Sache durch seine Schuld, also auch durch nachlässige oder gar dolose Prozeßführung evinzirt worden ist. L. 27, h. t. 21, 2; L. 53 § 1 ibid. Es dreht sich mithin bei dem Regreß immer um die Frage, ob in dem Eviktionsstreite fleißig verfahren wurde. Wenn es sich nun darum handelt, hierbei die Wirkung der litis denunciatio zu ermessen, so knüpft das R.R. daran nicht einmal eine praesumtio juris, im Sinne einer absoluten Beweislastswirkung. Das war dort gar nicht so Bedürfniß, wie bei uns; s. § 180.

Ihm genügt vielmehr die logische konkrete Wirkung. Die Denunziation ist eine rathsame, nützliche Maßregel, eine absolute rechtliche Bedeutung wird der geschehenen (womit nicht zu verwechseln die Wirkung der unterlassenen Denunziation, s. Not. 7, die recht wohl eine absolute sein kann) nicht beigelegt. Die Schematiker sind damit nicht zufrieden. Daher einst sogar sehr verbreitet die Meinung, daß der ungehorsame Denunziat ohne Weiteres regreßpflichtig und demgemäß die Ladung mit dieser Androhung zu versehen sei; Wetzell Not. 37 (so bei dem R.K.Gericht). Davon zurückgekommen, hält man doch die Bedeutung einer praesumtio juris des Fleißes fest, die denn den Denunziaten zur exzeptivischen Behauptung des Unfleißes des Denunzianten nöthigt. Demgemäß wird die Unterlassung der denunciatio nur noch als Grund zu einer exc. doli angesehen. Vgl. oben Not. 7; so jetzt auch (in der 2. Ausg.) Wetzell Not. 29 in Uebereinstimmung mit Fuchs § 5.

31) Arg. L. 63 § 2 de evict. 21, 2.

gekehrt nach der gewöhnlichen Meinung die Unterlassung der Denunziation gerechtfertigt erscheinen und die exceptio doli (Not. 7, 30) elidirt werden mag durch die Darlegung, daß der Verklagte auf dieselbe verzichtet, oder sonst unbedingte Haft für die Eviktion übernommen habe, oder daß die Denunziation unmöglich war oder vergeblich gewesen sein würde [32]). Sonst bleibt der Regreßanspruch durchaus unberührt [33]). Die Denunziation ist nur die Mahnung an den Denunzianten, zu assistiren [34]), daher überflüssig, wenn der Denunziat von selbst kommt [35]). Den Regreßanspruch bei Verurtheilung des Denunziaten im Eviktionsprozeß besonders vorzubehalten, ist vielfach üblich, aber keineswegs nothwendig [36]).

Ebendeshalb hat es auch keinen Grund, die Regreßklage zwangsweise vor das Forum des Eviktionsprozesses zu ziehen [37]), oder mit letzterem zu verbinden [38]).

IV. Diese Streitverkündigung hat das moderne Prozeßrecht vielfach ausgedehnt. Sie soll zulässig sein, wo immer eine Regreßnahme stattfindet. Indessen unterstellt die herrschende Ansicht [39]) keinerlei Verpflichtung, sondern nur eine Befugniß zur Denunziation [40]). Die Vornahme, von welcher der Regreßanspruch nicht

---

32) L. 53 § 1. L. 55 § 1. L. 56 § 5. 6 eod. tit. 21, 2; L. 8 Cod. h. t. 8, 45; L. 11 § 12 de act. emt. 19, 1. Wetzell Not. 31. — Aber damit ist noch nicht gesagt, daß der Regredient nun eine positive Vermuthung des Fleißes für sich habe. Schmid § 64 a. E. — Anderweitige Kunde des Regreßberechtigten von dem Prozeß erspart die förmliche Denunziation nicht, insofern derselbe aus der Unterlassung schließen darf, daß seine Assistenz nicht gewollt wird. L. 20 Cod. de evict. 8, 44. Fuchs S. 64, 116.

33) Die neueren Gesetze schwanken noch sehr. Vgl. Lüb. P.O. § 27; Bad. § 116. 117. 120; Bair. E. Art. 53 Al. 2; Han. P.O. § 41.

34) L. 21 Cod. h. t. 8, 45; Fuchs § 12 Not. 31.

35) Bad. P.O. § 113; Preuß. E. § 734.

36) Osterloh Not. 14.

37) Als for. connexitatis; Osterloh Not 25.

38) Möglich ist das freilich; so nach dem Preuß. E. § 745. 748 (Rückklage).

39) gegen die ältere Doktrin, die auch von einzelnen Neueren noch getheilt wird; s. Wetzell Not. 33; Seuffert XVII, 103 gegen 157.

40) L. 29 pr. mand. 17, 1; L. 49 pr. de jud. 5, 1; Fuchs § 6.

abhängig ist, erscheint aber hier nur als eine räthliche Maßregel, insofern daraus allenfalls eine einfache Vermuthung[41]) im obigen Sinne zu Gunsten des Denunzianten folgt.

§ 78.

2. Benennung des Auktors.

Martin § 91; Linde § 117; Heffter § 502; Schmid § 66; Bayer § 48; Osterloh § 175; Wetzell § 7 N. 3; Renaud § 51.

I. Die Benennung des Auktors, laudatio s. nominatio auctoris, ist nichts Anderes, als eine Art der Streitverkündigung[1]). Nach den römischen Quellen[2]) ist anerkannt, daß der mit der Eigenthumsklage belangte blose Detentor[3]) einer unbeweglichen Sache sich auf denjenigen beziehen kann, für den er besitzt. In diesem Fall soll der letztere aufgefordert werden, die Vertheidigung der Sache zu übernehmen. Verweigert er dies ausdrücklich, oder indem er der Ladung keine Folge leistet, so wird zwar nicht unbedingt, aber doch nach summarischer Untersuchung

41) praesumtio hominis; denn hier wird daraus nicht eine praes. juris, wie in Not. 30., gezogen. L. 8 § 8. L. 10 § 12. mand. 17, 1. — Räthlich kann man sie immerhin nennen; Renaud Not. 8. Auch neuere Ges. gestatten die Denunziation allgemein „mit Rücksicht auf Ansprüche an einen Dritten"; Han. P.O. § 41; Lüb. P.O. § 27; eben weil sie so unpräjudizirlich ist.

1) S. über die nominatio auctoris außer den Kommentaren der L. 2 Cod. 3, 19. Durant. II P. 2 rubr. de prim. decret. § 3 nr. 16 sqq. Marant. de ord. jud. P. VI, rubr. de laudatione. Brunnemann. proc. c. 11 nr. 2 sqq.; Claproth, Einl. § 461 a. E.; von neueren Monographien bes. Mittenmaier, Arch. für civ. Prax. Bd. 3 Nr. 24; Gensler, das. Nr. 25 u. Bd. 4 Nr. 15; Emminghaus, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 18 S. 421 ffl. — Wie unklar nicht blos in der Praxis (vgl. z. B. Seuffert, Ann. Bd. 17 Nr. 157), sondern auch in der Theorie diese an sich so einfache Lehre (s. Wetzell a. a. O. u. Vangerow, Pand. § 332 Anm. 3, I) aufgefaßt wird, lehrt die letzterwähnte Darstellung.

2) L. 2 Cod. ubi in rem 3, 19 von Constantin, der indessen zweifellos nichts Neues einführte, sondern nur bereits Bestandenes modifizirte; vgl. L. 9 de rei vind. 6, 1.

3) Wenn Emminghaus a. a. O. § 2 die Meinung, daß der blose Detentor gar nicht mit der rei vind. belangt werden könne, zu Grunde legt, so wird dadurch die laudatio auctoris, die handgreiflich gerade deshalb besteht, weil der Detentor verklagt werden kann, total verdreht. Vgl. Vangerow a. a. O.

der Kläger in den Besitz gewiesen[4]). Dem Recht des auctor ist damit sonst kein Eintrag gethan[5]).

II. Zunächst hat sich nun im modernen Prozeß das Verfahren modifizirt. Die Nomination tritt hier in Gestalt einer Einrede auf, über deren Wesen viel Streit war[6]). Erst neuerdings ist man zu der römischrechtlichen Behandlungsweise zurückgekehrt, wo es dann gleichgültig erscheint, ob man den Namen eines prozeßhindernden Einwandes anwendet oder nicht.

Der Detentor muß von der Nomination sofort, vor der Einlassung auf die Klage, oder wenigstens mit der (eventuell anzuschließenden) Einlassung Gebrauch machen[7]). Darauf wird der benannte Auktor ohne weiteres Gehör des Klägers[8]) zur Uebernahme der Vertheidigung geladen. Erscheint der Auktor auf ergangene Ladung und übernimmt er den Prozeß, so scheidet der Detentor ganz aus. Erscheint er nicht, oder übernimmt er die Vertheidigung nicht, so bleibt der Detentor trotz der Nomination verklagte Partei. Er wird also, insofern er das Recht des Klägers und seinen Besitz nicht bestreiten will oder kann, sofort verurtheilt[9]).

---

4) Denn der verklagte Detentor hat ja durch die nominatio auctoris erklärt, daß er zunächst die Sache nicht vertheidigen will oder kann.

5) Das Alles geht aus L. 2 Cod. cit. so klar hervor, daß es kaum zu begreifen, wie man so viele Undeutlichkeiten hat hineintragen mögen. Sehr richtig hebt Vangerow a. a. O. hervor, daß es sich nicht um eine Verbindlichkeit des Detentor gegen den Auktor, oder gar gegen den Vindikanten handelt, sondern um das Recht des ersteren, die Defension der an sich gegen ihn statthaften Klage (L. 9 de rei vind. 6, 1) abzulehnen.

6) S. Wetzell Not. 43. — S. auch Schmid S. 169; Osterloh Not. 5 (als Geständniß); Bayer § 48 a. E. u. über die ältere Doktrin Marant. VI membr. 5. 6 (mit Unterscheidung der laudatio u. nominatio, jenachdem der laudans nomine proprio s. alieno besitzt). — Vgl. auch Renaud Not. 6.

7) Sonst hat er auf seine Befugniß verzichtet und ist, nicht als fictus possessor, sondern als der, qui restituendi facultatem habet, der richtige Verklagte. Vangerow a. a. O.

8) Wetzell Not. 42.

9) Nicht blos zur Restitution, oder translatio possessionis, weil der Kläger nach der Praxis, wenn auch das Eigenthum in confessis beruht, doch ein (bestätigendes) Erkenntniß auch darüber enthält. S. § 140 a. E. — Dem Wesen nach ist das keine Abweichung von L. 2 Cod. cit.

Hat er aber neben der Nomination eventuell[10]) doch die Sachvertheidigung übernommen, so muß darüber weiter verhandelt und entschieden werden[11]).

III. Diese Prozedur hat man häufig nicht auf die Vindikation von Immobilien beschränkt, sondern auf alle Klagen wegen Herausgabe, auch beweglicher Sachen, ausgedehnt[12]). Während dies ziemlich allgemein anerkannt ist[13]), gilt die Ausdehnung auf Delikts= und Schadloshaltungsklagen für bedenklicher. Indessen ist dazu allerdings nicht selten praktisches Bedürfniß[14]) Ueberdies erscheint es um so unbedenklicher, die Befugniß der nominatio auctoris zu gewähren, als sie gar kein Präjudiz enthält[15]).

§ 79.

3. Adzitation.

Martin § 306; Linde § 113; Heffter § 500; Schmid § 65; Bayer § 46; Osterloh § 176; Renaud § 52.

Im weiteren Sinne braucht man den Ausdruck „Adzitation"

---

10 Denn das kann er nach der Eventualmaxime zweifellos. — Diesen Fall berücksichtigen die Meisten gar nicht.

11) Der Verklagte hat ja in diesem Fall erklärt, daß die Nomination nur ein Versuch sein soll und daß er eventuell das klägerische Recht, wie er thun kann, bestreitet. — Im Ganzen stimmen die neueren Gesetze überein. Lüb. P.O. § 29; Han. P.O. § 40; Bad. P.O. § 124 ffl; D. E. § 62. 63; Bair. E. Art. 57; Preuß. E. § 744.

12) Wetzell Not. 45. S. Glück, Komm. Bd. 8 S. 198.

13) Seuffert XIV, 249. S. auch Han. P.O. § 40; Lüb. P.O. § 29; Bad. P.O. § 124; D. E. § 66.

14) Denn es ist sehr oft geradezu Thorheit, den physischen Urheber so sehr als den rechten Verklagten zu betrachten, daß man der Bezugnahme auf den sog. intellektuellen Urheber, dessen Werkzeug jener blos war, keinen Werth beizulegen hätte.

15) Vgl. Osterloh § 175 a. E.; Seuffert XVII, 155; vgl. dag. XII, 85; XIX, 249. — Schließlich fragt es sich selbst, wie Wetzell Not. 47 hervorhebt, ob nicht bei allen Kontraktsklagen der Einwand, daß der Verklagte nur Repräsentant gewesen, also (nach der Repräsentationstheorie § 83, III) keine eigene Haftung habe, Veranlassung zu einer nominatio auctoris werden kann, anstatt den Verklagten auf eine exc. doli, resp. Einrede des unrichtig gewählten Verklagten zu verweisen. — Dagegen soll man sich wenigstens nicht auf röm. Stellen, welche die Repräsentation noch gar nicht kennen, berufen.

für jede, also auch für die durch die Partei veranlaßte, Hinzuziehung eines Dritten zum Prozeß. Alsdann fallen selbst litis denunciatio und auctoris laudatio unter diesen Begriff, neben welchen, zumal nach den oben (§ 77 IV u. § 78 III) berührten Ausdehnungen weitere Veranlassung zu Adzitationen, welche von den Parteien ausgehen, nicht übrig bleiben[1]).

Im engeren Sinne nennt man die, wenn auch mitunter auf Anregung einer Partei, doch wesentlich von der Richtergewalt verfügte Zuladung oder Aufforderung, am Prozesse Theil zu nehmen[2]). Im R.R. war dies aus praktischen Rücksichten, und da im mündlichen Verfahren die Einwirkung des Richters auf Vereinigung niemals ausgeschlossen werden kann[3]), möglich. Allein der Widerspruch einer wesentlich aus der Richtergewalt entspringenden Adzitation, als Veranlassung zur Intervention, gegen die Verhandlungsmaxime des schriftlichen Prozesses erscheint so groß, daß die meisten neueren Prozessualisten eine solche Adzitation ganz aufgegeben haben[4]), oder nur noch „aus Gründen des öffentlichen Wohls" dulden[5]). Nothwendig sind aber die neueren Mündlichkeitsprozeßordnungen der Zuladung Dritter zu dem Prozeß, jedoch selbstverständlich ohne Zwangsandrohung, wieder günstiger[6]). Sie gestatten dieselbe theils auf Antrag einer Partei, theils sogar von Amtswegen. Auch hat zum Theil die Theorie, wie der Gerichtsgebrauch des gemeinen Prozesses seit langer Zeit die Möglichkeit einer von dem Richterer-

---

1) Daß keine adcitatio in Folge der exc. plurium litiscont. gerechtfertigt ist, s. § 73, 25.

2) Im Gegensatz dazu steht die Zuladung als Auskunftsperson.

3) Planck, Mehrheit der Rechtsstr. § 16, 21; wenn auch Nov. 99 keine positive Grundlage darbietet.

4) Vgl. zu den obigen Citaten noch Martin, Vorl. II. S. 430 und die Literatur bei Renaud Not. *. Wetzell erwähnt sie gar nicht.

5) Osterloh § 176 a. E. — Ausnahmen bei Theilungsprozessen oder, wo es sich um res judicata handelt, will Bayer a. a. O. Nr. 3. 4 zulassen. Auch betrachtet er die Ediktalladung des Konkurses als eine Art von Ausnahme.

6) weil sie überhaupt nicht mehr an der formalen Verhandlungsmaxime festhalten. Lüb. P.O. § 28; Han. P.O. § 42; Bad. P.O. § 115 ffl.; Bair. E. Art. 56; Preuß. E. § 749; D. E. § 65.

messen abhängigen Adzitation anerkannt[7]); was begreiflich erscheint, wenn man sich überzeugt, daß das einzige Hinderniß einer solchen in der doktrinären Unterstellung beruht, daß dem die vollkommen konsequente Durchführung der Verhandlungsmaxime widerspreche[8]), während doch an solcher Durchführung auch nach anderer Richtung so Vieles vermißt wird.

V. Stellvertretung und Rechtsbeistandschaft.

§ 80.

A. Geschichtliche Entwicklung.

An sich sind Vertretung einer in dem Prozesse nicht selbst handelnden Partei und Unterstützung der Partei in der rechtlichen Vertheidigung zweierlei. Indessen greift das eine und das andere, jenachdem sich das Prozeßverfahren gestaltet, so sehr in einander, daß der geschichtliche Ueberblick beides zusammenfassen muß.

I. Das R. R. hält von Haus aus Prokuratur oder Stellvertretung, und Advokatur oder Rechtsbeistandschaft für getrennte Dinge[1]). Während sich die erstere erst sehr allmählig ausbildete (§ 83), war der reinen Mündlichkeit entsprechend die Unterstützung der selbst handelnden Partei durch Rechtsbeistandschaft[2]) von Fürsprechern und Rechtszeugen[3]), oratores, patroni, advocati, und nicht minder von Rechtskonsulenten, welche der Partei lediglich mit rechtlichem Rath an die Hand gingen, jurisconsulti, von jeher in Gebrauch.

Nicht nur erschien die Stellvertretung, soweit sie zulässig wurde, durchaus als freies Privatgeschäft, sondern es war ursprünglich auch die Advokatur freie Befugniß Jedermanns. Nach und nach

---

7) Renaud Not. 3 ffl. — Zur Erklärung s. auch § 147, 33.

8) Nämlich die Regel: nemo invitus ad agendum compellitur, die so das R.R. (§ 103, 1) gewiß nicht gemeint hat.

1) Puchta, Inst. II. § 155. 156; Keller § 55; Rudorff II § 17. 50; Bethmann-Hollweg I. S. 196; II. S. 205. 419.

2) Puchta II. § 155; Keller § 55; Rudorff II. § 13; Bethmann-Hollweg II. S. 588.

3) Bethmann-Hollweg I. S. 186.

bildete sich letztere, wie unvermeidlich war, da sich Recht und Prozeß immer künstlicher gestaltete und dem Volksbewußtsein entfremdete, zu einem eigenen Gewerbe technisch gebildeter Juristen, schließlich sogar zu einer Zunft, corpus togatorum, um. Damit fand sich zugleich die in früheren Zeiten nicht üblich gewesene Vergütung, anfangs mit billigen Sporteln, später nach einem Tarif ein; wie denn auch in der Epoche der vollendeten Bureaukratie an Stelle der älteren korporativen Selbstverwaltung immer schärfere Unterordnung des im Ansehen sinkenden Advokatenstandes unter die Disziplin der Gerichte[4]) trat.

Zugleich aber mußte nothwendig der künstliche, technische Kenntniß erheischende Karakter des Prozesses dahin führen, daß auch die Stellvertretung, ebenfalls allmählig zu einem eigenen, bekanntlich nicht sehr angesehenen Gewerbsberuf wurde[5]), und wenn gleich dem Prinzip nach Jedermann dazu berufen blieb, thatsächlich sich immer mehr auf die konzessionirten Advokaten konzentrirte[6]).

II. Gerade so verhielt es sich zunächst in der mittelalterlichen Praxis. Faktisch ohne Zweifel sehr häufig vereinigt wurden von der Doktrin in Italien[7]) Prokuratur und Advokatur, letztere als Beruf zu eigenen Kollegien vereinigter studirter Juristen, theoretisch getrennt gedacht[8]). Und auf demselben Standpunkt befand sich nach Rezeption der fremden Rechte das deutsche Recht. Dort war vor Alters, wie die Stellvertretung, so auch das Amt eines Fürsprechers in der mündlichen Gerichtsverhand-

---

4) S. über dies Alles, Bethmann-Hollweg III. § 143. Das Sinken der Advokatur von einem unentgeltlichen Ehrengeschäft bis zu einem polizeilich überwachten, tarifirten Gewerbe ging mit dem Sinken des Rechtszustandes pari passu.

5) Bethmann-Hollweg II. § 100, 59.

6) Bethmann-Hollweg III. S. 168 u. Handb. I. S. 204.

7) Bulgar. de jud. § 3; Tancred. I, 5 § 2—4.6; Bonaguid. summ. introd. I, 1; Durant. I, 4 de procur. u. de advoc.

8) Das verstand sich nach Kan. R. von selbst, daß die korporat. Selbstverwaltung, Ergänzung der Zahl u. s. w. dem Advokatenstand selbst zustand. Nach außen war dieser ganz anders frei, als in dem büreaukrat. Staat; dafür aber, wie der Richter, innerlich desto mehr gebunden durch die kan. scholast. Regel.

lung Befugniß eines jeden freien Mannes[9]). Das Bedürfniß spezifischer Rechtsgelehrsamkeit bedingte die Umgestaltung zu einem besonderen Beruf[10]) und vollends in Verbindung mit der immer schärfer ausgeprägten Schriftlichkeit der Prozedur, welche die Rechtsbeistandschaft stets zugleich zu einer Stellvertretung macht, die Vereinigung mit der Prokuratur[11]). In dem schriftlichen Kunstprozeß wird die Vertretung eines nicht rechtsgelehrten Vertreters unbrauchbar.

War sonach jedenfalls die Rechtsbeistandschaft, aber regelmäßig auch die Stellvertretung, studirten Juristen überwiesen und innerhalb des Kreises der letztern ein selbstständiger öffentlicher Beruf, so war es doch dem denselben erfüllenden Anwaltsstand nicht beschieden, in Deutschland von vornherein zu derjenigen korporativen Selbstständigkeit zu gelangen, welche ihm in andern Ländern eigen blieb[12]). Die politische Entwicklung und das Wesen des Beamtenthums stand dem entgegen. Der Anwaltsstand verfiel fast durchweg unter die absolute Herrschaft der Staatsverwaltung. Nicht blos daß neben der speziellen Disziplin in der einzelnen Sache die allgemeine Aufsicht über die Erfüllung der Berufspflicht auf die Gerichte überging, sondern auch die Anstellung oder Zulassung zur Advokatur wurde Sache der Staatsgewalt[13]). Indem diese einerseits für ihre Aufgabe hielt[14]), die Zahl der Advokaten zu beschränken und so der übermäßigen Konkurrenz vorzubeugen, erachtete sie andererseits, da die hiernach durch Anstellung begrenzte Zahl nicht blos faktisch, sondern immer mehr auch rechtlich das Monopol des Advokatur-, ja selbst des Prokuraturbetriebs erhielt, für unumgänglich, dieselben dem gesetzlichen

---

9) Maurer § 13. 96 ffl.; Walter § 653; Schäffner I. S. 370.

10) Wetzell § 8, 3.

11) Theoretisch trennen die Schriftsteller, nicht blos Gaill. I, 43, Chil. König I. von Anwalten und Procuratoren, sondern auch die neueren beides. Allein man erkennt aus denselben deutlich, wie zuerst in der reichsgerichtl. Praxis bemerkbar (s. auch Danz § 45. 46), dann auch in der landesgerichtlichen (Carpzov. pr. jur. V, 1 § 14 sqq.), daß beides sich immer mehr vermischt.

12) S. Not. 8; über Frankreich Schäffner II. S. 441.

13) Cf. Carpzov. V. 1 § 35 sqq.

14) Gerade wie andern Gewerben gegenüber. Denn das war der Sinn der, nicht mehr korporativen, sondern büreaukrat. Zunftverfassung.

Tarif und disziplinarischer Ueberwachung zu unterstellen[15]). In manchen Ländern wurde geradezu den Anwälten (Justizkommissarien) eine beamtenmäßige Stellung beigemessen[16]).

III. Noch gegenwärtig ist das Verhältniß von Advokatur und Prokuratur das, daß beide Funktionen

A. zwar getrennt sein können, dagegen thatsächlich meist zusammenfallen. Je entschiedener der gemeine Prozeß schriftlich geworden ist, mithin die Rechtsbeistandschaft sich ebenwohl nur in Schriften zu äußern vermag, desto mehr wird diese von selbst zur Vertretung[17]). Daher denn die Prokuratur leicht sogar als die Hauptfunktion erscheint[18]). Vollends wenn und so weit sogar ein Zwang herrscht, sich durch Rechtsverständige und insonderheit durch öffentliche Rechtsanwälte vertreten zu lassen. Diese innige Verbindung wird nicht einmal in den neueren Mündlichkeitsordnungen gelöst[19]), insofern sie Anwaltszwang beibehalten oder das von dem Rechtsbeistand Vorgetragene so gelten lassen, als ob es die Partei vorgetragen. Beide Funktionen fließen also in der Thätigkeit der öffentlichen Rechtsanwälte geradezu in einander[20]).

---

15) R.K.G.O. 1555 I, 18 § 1; 46 § 1; R. D. A. 1557 § 50; R. H.O. 1654 VII. § 1. — Für den Einsichtigen bedarf es kaum der Erwähnung, wie mit diesem Entwicklungsgang das stetige Sinken u. die Mißachtung der Anwaltschaft, nicht ungeachtet, sondern gerade wegen der Oberaufsicht, zusammenhing. Ueber die Stimmung gegen die Advokaten vgl. z. B. Brunnem. tr. jur. c. 1 nr. 56; Leyser, med. spec. 50.

16) Am schärfsten wohl in Preußen. Friedrich der Große machte sie zu förmlichen Beamten unter dem Titel der Assistenzräthe. S. über die früheren u. heutigen Zustände Gneist, freie Advokatur, 1867.

17) Denn wollte man auch annehmen, daß an sich die Partei schriftlich selbst handeln könnte und neben ihr in einer besonderen Schrift der Rechtsbeistand, ohne sie zu vertreten, so ist doch eine Abfassung der Schriften den legalen Erfordernissen entsprechend der rechtsungelehrten Partei unmöglich und daher der oft, indem nur von Anwälten verfaßte Schriften angenommen werden, geradezu nöthigende Grund, einen rechtsgelehrten Verfasser zu suchen. Wenn letzterer aber, und nicht die, wenn auch unterschreibende, Partei sein Opus zu vertreten hat, so ist er Stellvertreter.

18) Bethmann-Hollweg, Grundriß S. XXXVI.

19) Obwohl bei Mündlichkeit Rechtsbeistandschaft ohne Vertretung, d. h. neben der selbst handelnden Partei, recht wohl dankbar wäre. Han. P.O. § 67. 103; D. E. § 110.

20) Daher denn in tantum auch der Gegensatz des vile negotium pro-

Indessen bleibt doch nach allen Prozeßrechten theilweise wenigstens die Möglichkeit, sich auch durch Andere, als Rechtsanwälte, vertreten zu lassen. Insofern diese Vertreter rechtsungelehrt sind, gibt es also noch eine einfache Vertretung ohne Rechtsbeistandschaft. Aus diesem Grunde muß immerhin doktrinell die Lehre von der Vertretung und der Advokatur geschieden werden.

Nehmen schon hiernach die Rechtsanwälte [21]) eine besondere Stellung ein, so unterscheiden sie sich

B. um so mehr von allen sonstigen Vertretern und Rechtsbeiständen, als sie nach den vorhandenen Zuständen von der Staatsgewalt ernannt und meistens in einer geschlossenen Zahl erhalten werden. Indem diese öffentlichen Rechtsanwälte zu der Ausübung der Prokuratur und Advokatur mindestens privilegirt, wo nicht monopolisirt erscheinen, treten sie im Gegensatz zu allen nicht öffentlich angestellten Vertretern und Rechtsbeiständen. Die Rechtsanwaltschaft ist auf solche Weise noch immer ein von der Staatsgewalt verliehenes und deren Aufsicht untergebenes Amt. Dieses ist daher zuerst darzustellen.

B. Die Stellung der öffentlichen Rechtsanwälte.

§ 81.

1. Karakter derselben im Allgemeinen und Voraussetzungen.

Martin § 72; Linde § 125; Heffter § 170; Schmid § 74; Bayer § 95; Osterloh § 168; Wetzell § 8; Renaud § 62.

I. Die Anwaltschaft ist nach der im vorigen § dargestellten Entwicklung ein öffentliches, von der Staatsgewalt verliehenes Amt, welches ebensowohl die Befugniß zur Stellvertretung (Prokuratur), wie die Befugniß zur Rechtsbeistandschaft (Advokatur) in sich schließt [1]). Die Aufgabe des Rechtsanwaltes besteht in der

---

cur. (welches indessen schon Gaill. I. 43 zu einem honorabile erhebt), und des honorabile advoc. gleichgültig. — In England dag. tritt die Trennung der Prokuratoren (attorneys u. sollicitors) u. der Advokaten-Konsulenten (barristers u. serjeants) scharf hervor. Rüttimann § 92. 93; Gneist, Verwalt. § 122. 123.

21) Ueber dieser Namen s. Bayer § 102 a. E. Cf. Mev. dec. VI. 197 n. 1; Pufendorf, obs. I, 128.

1) Nach neueren Ges. ist oft damit auch das Notariat verbunden.

Leistung seiner technisch-juridischen Beihülfe zur Ausführung des Rechtsstreites, sei es neben, sei es an Stelle der Partei. Nach der Natur des schriftlichen Prozesses äußert sich seine Thätigkeit in der Abfassung von Schriften[2]). Soweit Mündlichkeit herrscht, wird zugleich oder sogar vorwiegend auf Sachvertheidigung durch mündliches Plaidoyer gerechnet[3]).

II. Die Anstellung oder Zulassung der Rechtsanwälte erfolgt durch die Staatsregierung. Ebendeshalb braucht von denjenigen Erfordernissen, welche im R. und Kan. R. unter der Voraussetzung aufgestellt wurden, daß die Advokatur frei von Jedermann, oder doch von Jedem, den die Advokatenkorporation selber aufnahm, ausgeübt werden könne, kaum die Rede zu sein[4]). Es gilt analog Alles, was über die Anstellung der Richter zu sagen ist. Das eine Erforderniß der staatlichen Anstellung und der damit verbundenen Ableistung des Amtseides auf Angelobung der Amtspflichten[5]) verschlingt auch hier alle übrigen Voraussetzungen, indem nicht nur deren Prüfung, sondern auch etwaige Dispensation von denselben der Regierung zusteht[6]). Da Niemand zur Anwaltschaft gelassen wird, der nicht das Studium der Rechte vollendet und die Staatsprüfung durchgemacht hat, ist für die erforderliche Rechtskenntniß gesorgt[7]).

---

2) die z. B. im R. R. andern Personen, den tabelliones überlassen war. Bethmann-Hollweg III. § 144.

3) Renaud § 62, 4.

4) Volle Rechts- und Handlungsfähigkeit, Volljährigkeit, Freiheit von körp. Gebrechen (Stumme, Taube u. s. w.), bürgerliche Ehre u. dgl. versteht sich von selbst. Wetzell § 8, 8 ffl. Vollends kann von den Ketzern, Exkommunicirten, Juden, München S. 81, von dem Verbot der Geistlichen (nach c. 1 X. de poss. 1, 37; Gloss. ad h. l. 5), der Vasallen u. Notare (wenn sie nicht zugleich Anwälte) geschwiegen werden.

5) Statt des früher, wenn Jedermann advoziren durfte, in jeder einzelnen Sache üblichen Eides. L. 14 § 1 Cod. de jud. 3, 1; Bulgar. de jud. § 3 (Kalumnieneid post lit. cont.). S. R. K.GO. 1555, I. 64.

6) Osterloh § 168 a. E.; Wetzell Not. 12. Daß im prozeſſ. Wege die Inhabilität eines Anwalts trotz der Anstellung gerügt werden könnte, ist nicht zu denken. Die näheren Vorbedingungen der Anstellung u. wieweit vielleicht Dispens unmöglich, muß die Advokatenordnung, oder das Staatsdienstgesetz angeben.

7) Das R.R. fragte ursprünglich darnach weder bei der Prokuratur, noch bei der Advokatur. Auch aus c. 1 VI. de proc. 1, 19 läßt sich das

Allein auch wenn die Qualifikation festgestellt ist, existirt bis jetzt nicht das als „Freigebung der Advokatur“ bezeichnete Recht eines jeden Qualifizirten, das Anwaltsgewerbe auszuüben, wo und wie er will. Vielmehr gibt ihm dazu erst die förmliche Ernennung von Seiten des Landesherrn oder des Justizministeriums ein Recht, und zwar meist sogar unter Zuweisung eines bestimmten Wohnortes und Dienstsprengels. Für die Ernennung der Rechtsanwälte ist denn die Ansicht der Regierung über das Bedürfniß des Publikums, meist mit Sorge gegen vermeintlich übermäßige Konkurrenz, nach der einen Seite maßgebend. Nach der andern hängt innerhalb des geschlossenen Kreises die Ernennung des Einzelnen von dem Wohlwollen oder der Willkühr der Regierung ab[8]).

III. Die Lage der Rechtsanwälte, welche hiernach ein öffentliches Amt bekleiden[9]), und des Anwaltstandes im Ganzen dem Staate gegenüber gestaltet sich partikularrechtlich sehr verschieden. Zunächst darnach, ob mit der Ernennung die Befugniß zur Ausübung der Anwaltschaft im ganzen Staatsgebiet und freie Wahl des Wohnortes (Freizügigkeit) übertragen, oder ob, wie noch vielfach üblich, jene Befugniß auf gewisse Instanzen oder Gerichtsgebiete beschränkt ist[10]). Es fragt sich ferner, ob die Handhabung ihrer Standesinteressen und namentlich die Aufrechterhaltung der mit dem öffentlichen Berufe übernommenen Pflichten (§ 82), also die Disziplin über die Einzelnen kollegialer Selbstverwaltung der Anwälte, welche zu diesem Behufe Anwaltskammern zu bilden haben, anheimgestellt, oder von den Staatsbehörden, insbesondere

---

nicht entnehmen. Aber die Gestaltung des Rechts u. des Prozesses machte diese Voraussetzung immer unentbehrlicher und die Unentbehrlichkeit, nicht blos im Interesse der Parteien, sondern auch des Gerichts, dem es unbequem ist, sich mit Rechtsunkundigen abzumühen, ist gerade die Ursache des Anwaltszwanges; s. unter IV.

8) Vgl. über dies Alles und seine für die ges. Justiz, nicht blos in Preußen, wenn auch dort die Mängel am augenfälligsten, weittragende Bedeutung Gneist, freie Advoaktur. 1867.

9) Mitunter werden sie geradezu für „Staatsdiener“ erklärt; öffentliche sind sie gewiß. Gneist S. 8. 13.

10) Wenn auch nicht absolut einem für bestimmte Gerichte rescribirten Anwalt verboten ist, auch bei andern zu praktiziren, so gibt es doch mitunter indirekte Palliativmittel, z. B. Abstrich der Reisekosten u. Diäten, wenn nicht ausdrückliche schriftl. Zusage des Mandanten vorliegt.

von den Gerichten geübt wird. Als gemeinrechtlich gilt noch immer, daß jedem Gericht die volle Disziplin über die bei ihm zugelassenen Advokaten, namentlich auch in Hinsicht auf das Gebührenwesen, zukommt; wie denn auch der gemeinen Doktrin von einer Wiederherstellung korporativer Gliederung Nichts bekannt ist[11]). Endlich hat man theilweise bereits begonnen, das gemeinrechtlich fortbestehende Prinzip absolut gesetzlicher Tarifirung der Anwaltshonorare zu durchbrechen und freie Vereinbarung der Gebühren[12]) zuzulassen.

IV. Die Lage der Rechtsanwälte dem Publikum gegenüber ist die, daß sie diesem zur Verfügung stehen. Indessen ist die Entschließung des Publikums nicht durchweg frei. Mitunter ist die Partei nicht blos faktisch, sondern rechtlich genöthigt, einen öffentlichen Rechtsanwalt als Vertreter anzunehmen (Anwaltszwang). So namentlich im Prozesse vor Kollegialgerichten, bzw. in den höheren Instanzen. Ausgenommen sind jedoch meist selbst rechtskundige Parteien[13]). Mitunter ist wenigstens vorgeschrieben, daß,

---

11) Bayer § 99, Wetzell § 8, 24 ffl., selbst Renaud § 63 verleugnen die vorhandenen Reformen gänzlich.

12) So in Koburg-Gotha (1862), Kurhessen (1863), womit denn eine der hauptsächlichsten Handhaben zur Ausübung der Disziplin beseitigt wird. — S. über alle diese Reformen der neuesten Ges. Mittermaier, Arch. f. c. Pr. Bd. 46 S. 275. — In letzter Linie richtet sich der Blick auf „völlige Freigebung" der Anwaltschaft. Damit ist nicht gemeint, daß Jedermann, wohl aber daß Jeder, der die Advokatenprüfung bestanden, dieselbe ausüben darf. Die Nothwendigkeit der Freigebung, d. h. das Aufgeben des numerus clausus und der willkührlichen Ernennung von Seiten der Staatsregierung, sowie die korporative Selbstverwaltung und Selbstdisziplin wird schon der nicht bezweifeln, welcher die Schattenseiten des heutigen Anwaltwesens vor Augen hat; noch weniger aber der, welcher sich sagt, daß in Zukunft unter gesunden Verhältnissen der Anwaltsstand zu einer ganz anderen Rolle berufen sein wird, als bisher. Vgl. über diese Dinge Verhandlungen des Juristentags IV. S. 39 u. bes. die für die innere Struktur der Justizverfassung höchst lehrreiche Schrift von Gneist a. a. O. S. 50 ffl.

13) Wetzell § 10, 5. Vgl. Han. P.O. § 67. 68. 103; Bad. P.O. § 994. D. E. § 93; Preuß. E. § 90. Vor Einzel- und Handelsgerichten, in erster Instanz, kann in der Regel die Partei selber auftreten, allein, oder unter Assistenz eines Anwaltes. Mitunter geht der, für den echt mündlichen Prozeß am mindesten nöthige, Eifer für Anwaltszwang sogar so weit,

wenn die Partei sich vertreten läßt, dazu nur ein Rechtsanwalt tauglich sein soll. Die Ausschließlichkeit der Gewerbsberechtigung wird oft noch dadurch geschützt, daß, wenn auch sonst die Uebernahme einzelner Vertretungen Niemanden verwehrt (§ 85), doch jedem Andern untersagt ist, aus der prozessualischen Vertretung ein Gewerbe zu machen [14]). Die Auswahl unter den bei dem Prozeßgericht zur Praxis befähigten Anwälten steht der Partei frei. Dagegen ist es nicht immer freier Wille des Anwalts, ob er die Vertretung und Vertheidigung der Sache übernehmen will, oder nicht. Die öffentliche Stellung, zumal wenn sie eine monopolisirte, bringt es mit sich, daß der Anwalt nicht blos in Armensachen (§ 56, 12), sondern auch sonst disziplinarisch gezwungen werden kann, das Mandat anzunehmen, soweit er nicht gerechte Gründe der Ablehnung hat, oder daß er sich vom Gericht, an welches sich die eines Anwaltes bedürftige Partei wendet, gegen die Gebühr beiordnen lassen muß [15]).

§ 82.

2. Pflichten und Rechte derselben.

S. die Citate des vorigen §.

I. Vermöge ihrer Stellung haben die Rechtsanwälte öffentliche Pflichten und Rechte. Diese treten zum großen Theil erst im Verhältniß zu dem einzelnen Klienten in Erscheinung. Dort haben sie zwar zugleich einen privatrechtlichen Karakter und führen geeigneten Falls zu privatrechtlicher Geltendmachung. Allein, insofern es Rechte und Pflichten sind, welche das öffentliche Amt mit sich bringt, findet deren Geltendmachung auch im administrativen oder disziplinarischen Wege statt. Dadurch wird dem

---

daß auch rechtskundige Parteien demselben unterliegen sollen; damit das Gericht ja Niemanden zu hören hat, als Rechtsanwälte. Verh. des Juristentags II. S. 18. 548. 627.

14) Sog. Winkel- oder Pfuschadvokaten im Gegensatz der concessionirten; die Folge des zunftähnl. Privilegs. Natürlich helfen selbst allerlei Strafandrohungen hier so wenig, wie gegen Pfuschheilkünstler. Vgl. auch Osterloh Not. 19.

15) L. 7 Cod. de postul. 2, 6. — Vgl. Martin § 81, g; Osterloh § 164, 13—15; D. E. § 94.

Anwaltsverhältniß von vornherein sein bestimmter Inhalt gegeben. Die Zuziehung des einzelnen Anwaltes geschieht durchaus auf der Basis der öffentlichen Anwaltsordnung [1]), welche für die Beziehungen des Anwaltes zu der Partei in der einzelnen Sache nicht minder maßgebend ist, wie für das gesammte dienstliche Verhalten desselben, zum Theil auch durch anderweite Verabredung gar nicht abänderbar erscheint.

Die Handhabung der Disziplin, nicht nur, wie selbstverständlich, hinsichtlich des Auftretens vor Gericht [2]), sondern auch hinsichtlich der Erfüllung ihrer Dienstpflichten überhaupt, liegt gemeinrechtlich den Gerichten oder Richtern ob, welche mit Disziplinarstrafen aller Art, von einfacher Rüge bis zu Geld-, Freiheitsstrafen, Streichung des Honorars, Suspension und Interdikt u. dgl., einschreiten [3]) können.

II. Als Pflichten des Anwalts, welchen das Recht entspricht, nach Maßgabe seiner Anstellung den advokatorischen Beruf auszuüben, bezeichnet man, abgesehen von den selbstverständlichen Vorschriften über ein dem öffentlichen Amte entsprechendes würdiges Verhalten im Allgemeinen hauptsächlich folgende [4]).

Er soll nicht wissentlich ungerechte Sachen annehmen [5]), aber

---

1) Man sieht, wie uneigentlich das „Mandat" ist. S. § 87, 2.

2) Das ist Unterordnung unter die Gerichtsgewalt, der sich Jeder, Anwalt, wie Nichtanwalt, unterwerfen muß. S. § 53, 4; Renaud § 163.

3) Wetzell § 8, 23. Das geht denn schließlich so weit, daß der Mißbrauch von Rechtsmitteln, die culpa advocati, irgendwelche Benachtheiligung der Parteiinteressen u. s. w. öffentlich-disziplinarisch geahndet wird. Es entsteht eben die Idee, die Partei selbst wieder gegen ihren Anwalt, wie das Publikum überhaupt gegen den Anwaltsstand, in Schutz nehmen zu müssen. Im Einzelnen viele Verschiedenheiten. So haben die Obertribunale mitunter diese allg. Disziplin nicht. Bald übt sie das Kollegialgericht, bald der Präsident u. s. w. Zeugnisse s. bei Renaud § 63, 1. — Gerade diese Disziplin wird neuerdings öfter aus den Anwälten selbst konstituirten Anwaltskammern übertragen.

4) Analog den Richterpflichten in § 32. S. darüber **Ricard. Angl.** p. 21; **Bonagnid.** sup. off. advoc. P. I, 1; **Durant.** I, 4 de advoc. ausführl. zusammengestellt bei **Ala**, tract. de advoc. et causid. christ. 1635; **Carpzov.** pr. jur. V, 7; Osterloh § 170, 7; Wetzell § 8, 15.

5) L. 14 § 1 Cod. de jud. 3. 1; s. den Advok.-Eid in der K.G.O. 1555 I, 64.

auch nicht seinen Beistand ohne Grund versagen (§ 81, IV.), oder ohne Noth und zur Unzeit für die Partei aufkündigen. Er hat ferner die ihm zugewiesenen Armensachen im Turnus zu übernehmen[6]). In Ausführung des Prozesses ist er seiner eigenen Partei vollen Fleiß, volle Benutzung seiner Rechtskenntniß und aller gesetzlich zuständigen Mittel schuldig[7]). Allein bei aller Wahrung der Interessen seines Klienten wird zugleich erwartet, daß er ohne Chikane wider den Gegner verfahre[8]). Hierher gehört ferner Treue und Verschwiegenheit[9]), Vermeidung von Injurien, Respektsbenehmen gegen das Gericht u. s. w.[10]). Besondere Erwähnung verdient die Pflicht, vollständige Manualakten[11]) zu sammeln und zu bewahren, sowie manche Register, namentlich über seine Gebührenbezüge, zu führen.

Die Aufgabe der Prokuratur und der Advokatur sind in dem Pflichtenkreis des öffentlichen Rechtsanwalts ungetrennt[11a]). Anregung zur Handhabung der Disziplin nach allen Seiten hin kann ebensogut aus Anträgen der Betheiligten, als auch Dritter, oder aus der eigenen amtlichen Wahrnehmung der Behörde, in einer einzelnen Sache oder sonst, entspringen.

Mitunter wird auch dem Anwalt die Haft, oder sogar unbedingte Zahlungspflicht hinsichtlich der Gerichtskosten zugemuthet (§ 55, 13); wogegen er denn berechtigt erscheint, behufs der Deckung Vorschuß zu fordern (s. jedoch § 86, 32).

III. Der Rechtsanwalt hat in beiderlei Eigenschaft, als Prokurator, wie als Rechtsbeistand, Anspruch auf entsprechende Vergütung auch ohne besondere Verabredung[12]). Nach seiner

6) S. § 56, 12; Han. P.O. § 67; Wetzell Not. 27. 28.

7) Bayer § 97, III.

8) Wetzell Not. 17 ffl. Es erhellt, daß das Alles mehr fromme Wünsche sind, als erzwingbare Dienstvorschriften. Der Geist, der im Anwaltsstande und in dem Prozesse lebt, thut es allein. Das gesetzliche oder doktrinelle Verbot hat noch niemals Rechtserschwerung und all' die sprüchwörtlich gewordenen Advokatenpraktiken verhütet.

9) Bayer § 98 A. — L. 13 § 9; L. 14 § 1 Cod. de jud. 3. 1.

10) Renaud Not. 3 ffl. — Bayer § 97; Osterloh § 170, 7; Wetzell Not. 15 ffl.

11) Wegen § 148, 21; das Recht an denselben s. Not. 20.

11 a) Schon in den R.-Ges. ist immer von den procuratores und Advokaten die Rede. Vgl. z. B. Claproth, I, § 87.

12) L. 1 Cod. mand. 4, 35.

Stellung versteht sich namentlich Vergütung nach dem bestehenden Tarif von selbst. Anderweite Vereinbarungen über vertragsmäßige Vergütung, fixen Gehalt u. dgl. sind zwar nicht ausgeschlossen[13]); indessen gelten doch einige Arten von Gedingen für verboten. Nicht minder wird jede Ueberschreitung des Tarifs nicht nur, wenn die Rechnung zur gerichtlichen Liquidation kommt, gestrichen oder moderirt, sondern auch, wenn die Partei gutwillig gezahlt hat, nach Befinden disziplinarisch geahndet[14]).

Das R. R. erklärt die Garantieübernahme des Anwalts für den Erfolg des Prozesses um Lohn (redimere litis eventum), weil contra bonos mores, als unverbindlich[15]). Daraus hat freilich die moderne Ansicht ein meist viel weiter gehendes Disziplinarverbot gemacht[16]), indem den öffentlichen Anwälten jederlei Betheiligung an dem Streitobjekt[17]) und jederlei Verabredung besonderer den Tarif übersteigender Vergütung untersagt wird[18]).

Nach demselben R. R. war dem Advokaten und ist nach der gemeinen Theorie und den meisten Partikulargesetzen noch jetzt dem Rechtsanwalt in seiner Qualität als Advokat verwehrt, eine besondere Belohnung (palmarium) für den Fall des Obsiegs, oder eine Betheiligung an dem Streitobjekt (societas futuri emolumenti)

---

13) Renaud § 64, 19. Faktisch ist das freilich durch den Tarif fast ganz verschwunden oder nur eine Ausnahme.

14) Danz § 44.

15) L. 7 mand. 17, 1; L. 15 Cod. de procur. 2, 13; L. 20 pr. Cod. mand. 4, 35; Quinctil. inst. orat. XII, 7 i. f. Daß litis redemtio keineswegs identisch mit Cession, die an sich zwischen Anwalt u. Partei vollkommen erlaubt ist, wie schon aus dem dominium litis erhellt, s. Mühlenbruch, Cess. § 30 A. II.; Wetzell § 8, 47. Ganz etwas Anderes ist die nach L. 9 § 2 de off. procons. 1, 16 (cf. L. 12 Cod. mand. 4, 35) verpönte Prozeßwerberei, die ebenfalls redemtio genannt wird.

16) S. auch K.G.O. 1500 Art. 15; K.G.O. 1555 II. 46 § 1; D. A. 1557 § 50.

17) Vollends maßlos, wenn unter dem Verbot, „die Prozesse an sich zu handeln" (Osterloh § 170, 24), sogar die Cession begriffen wird. Zur Kritik s. Endemann, Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen XIII. S. 41.

18) Das ist Folge der gesammten Stimmung gegen den Anwaltstand, der „kurz gehalten", d. h. absolut an den Tarif gefesselt werden muß. Da nun Prokuratur u. Advokatur in der Person der Rechtsanwälte vereinigt sind, so wird in der Regel die Vermeidung der redemtio überh. als Anwaltspflicht angeführt.

auszubedingen[19]). Moderne Rechte gestatten jedoch, wenn auch nur mit beschränkter Wirkung, nämlich der eigenen Partei gegenüber, freie Uebereinkunft (§ 51, 11).

IV. Besonders begünstigt erscheint endlich der öffentliche Rechtsanwalt in der Realisirung seines Anspruchs wegen Gebühren und Auslagen. Obwohl der deshalbige Anspruch an sich als eine Privatforderung seiner Partei gegenüber erscheint, so geht doch die Beitreibung, seinem öffentlichen Karakter entsprechend, in einem halb administrativen Wege von Statten.

Der Anwalt kann zunächst, insofern er Auslagen an Gerichtskosten u. dgl. zu machen hat (§ 55, 13), Vorschuß von seiner Partei fordern. Alsdann ergibt sich daraus die Pflicht demnächstiger Rechnungsablage. Zur Sicherung der Honorar- und Auslagenersatzforderung, welche zunächst die eigene Partei,* sofern sie nicht das Armenrecht und damit kostenfreien Anwalt genießt (§ 56, 12), zu entrichten hat, dient ein Retentionsrecht an den Manualakten[20]), sowie an allen anläßlich der Prozeßführung in den Besitz des Anwalts gelangten, der Partei gehörigen Dokumenten[21]). Moderne Gesetze geben manchmal sogar ein gesetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen.

---

19) L. 1 § 12 de extr. cogn. 50, 13, die einzige Stelle über palmarium, verbietet die Stipulation einer honoraria summa, etsi nomine palmarii cautum sit, höchstens während des Prozesses. L. 53 de pact. 2, 14 hat einen ganz beschränkten Umfang. L. 5 Cod. de postul. 2, 6 geht, wie L. 1 § 12 cit. nur gegen das Ausbedingen einer quota litis s. societas futuri emol. während des Prozesses. Zur Kritik dieser Stellen s. neben Jordan, Arch. f. c. Pr. XII. S. 216 und Emminghaus, Arch. f. pr. R.-W. N. F. II. S. 227, III. S. 347 Endemann, Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen XIII. S. 37. Die R.-Ges. werfen darin Advokaten u. Prokuratoren zusammen und setzen sie auf feste Taxe mit Ausschluß jeden Gedinges darüber hinaus, ohne jedoch über nicht tarifirte Handlungen oder andere Rechtsgeschäfte (Cessionen) zu verfügen. Die neueren Partikularrechte sind oft noch schärfer. Allein zu einem Verbot jeder weiteren Remuneration über die Taxe hin, auch nach dem Prozeß, oder eines jeden Geschäfts, durch das sie „in irgend einer Weise den Prozeß an sich handeln", fehlt gemeinrechtlich jeder Grund; Endemann, das. S. 46. — Ueber die älteren Salarien s. Gaill. obs. I, 44.

20) Konz. d. K.G.O. 1613 I, 60 § 8; Martin, Vorl. I. S. 429.

21) L. 25 i. f. L. 26 de procur. 3, 3. Osterloh § 170, 18. Im Konkurse gilt für dies Ret.-Recht nichts Besonderes.

Die Einklagung der Deserviten kann auch im Wege einer besondern Klage, je nach deren Kompetenz und Prozeßart, erfolgen. Allein das einfachere Verfahren ist das. Nach vorgängiger Bestimmung der Rechnung, welche das Gericht[22]) auf seinen oder der Partei Antrag nach dem Tarif bewirkt, wird die sofortige Beitreibung im Wege des Mandats- oder Exekutivprozesses verfügt und vollzogen[23]). Allein auch von der Gegenpartei, die deshalb ihrerseits gleichfalls die Moderation der Kostenrechnung fordern darf, kann der Anwalt beitreiben lassen, wenn diese zur Erstattung der Kosten, wozu die Anwaltsgebühren gehören, verurtheilt und der deshalbige Anspruch dem Anwalte von seinem obsiegenden Klienten zedirt, oder von dem Gericht, wie namentlich bei Insolvenz der eigenen Partei üblich[24]), persönlich zugesprochen, d. h. zwangsweise überwiesen wird[25]). Ist der Anwalt befriedigt, so muß er Alles, was er von der Partei in Händen hat, mit Einschluß der Manualakten an diese herausgeben[26]).

C. Die Stellvertretung.

§ 83.

1. Wesen derselben.

Ist aus den früher berührten Gründen (§ 80) Stellvertretung oder Rechtsbeistandschaft, obwohl in der Thätigkeit der

---

22) der Hauptsache, wohin dieser Nebenantrag (als konnex) gehört; § 64, IV, B.

23) Konz. der K.G.A. 1613, I. 60 § 7; L. 13 § 9 Cod. de jud. 3, 1. — Der Ausgang des Prozesses ist für die Beitreibung von der eigenen Partei gleichgültig. Auch kann die Beitreibung durante lite erfolgen.

24) Wetzell § 8, 60. Han. P.O. § 64; Bair. E. Art. 96. — Dasselbe gilt für den Anwalt der armen Partei.

25) Daß der Advokat in eigenen Prozessen doch seine Gebühren gegen den unterliegenden Gegner liquidiren kann, s. Busch, Arch. f. c. Pr. XVI. S. 271; Bayer § 100 N. 5; Wetzell § 8, 61. Alsdann treibt er sie kraft der zu seinen Gunsten lautenden Kondemnation bei.

26) Bayer § 98 C.; Wetzell § 8, 62. Die abweichende Ansicht bei Osterloh § 170, 17 beruht darauf, daß der Hauptzweck der Manualakten die Rechtfertigung des Anwalts dem Gerichte gegenüber sei; was nicht zutrifft.

Anwälte fast immer zusammenfallend, theoretisch getrennt zu halten, so erscheint es vor Allem erforderlich, die Bedeutung der Prokuratur zu erklären.

I. Im R.R.[1]) mußte ursprünglich die Partei vor Gericht durchaus selbst handeln. Zur Zeit der legis actiones gab es, bis auf geringe Ausnahmen[2]), keine prozessualische Vertretung[3]). Einer solchen standen nicht blos äußerlicher solenner Formalismus[4]), sondern der in primitiven Zuständen dem Gerichtsverfahren eigene religiöse Karakter entgegen.

Indessen war bei zunehmendem Verkehr das Bedürfniß einer Vertretung sowohl für solche, welche selber nicht auftreten konnten[5]), als auch für solche, die das nicht wollten[6]), unvermeidlich. Im Formularprozeß wurde Stellvertretung allmählig gestattet[7]), wenn auch nur beschränkt und vorläufig in derselben ungelenken Weise, wie dies auch für die Stellvertretung bei außergerichtlichen Rechtshandlungen[8]) der Fall war. Abgesehen von Tutoren und Kuratoren[9]), werden Kognitoren und Prokuratoren erwähnt. Die

---

1) S. darüber Bethmann-Hollweg, Versuche S. 138 ffl. u. Civ.-Proz. II S. 416; Puchta, Inst. § 156; Keller § 52—54; Rudorff, II § 17; Wetzell § 9.

2) Bethmann-Hollweg, Vers. S. 142. — Der Vertreter des populus und assertor s. vindex libertatis, als Organ einer Person, deren Freiheit bestritten ist und die, weil Objekt des Streites, nicht selbst handeln kann, darf man ebenso wenig als procurator auffassen, wie den tutor eines impubes. Keller § 54 Not. 631; Puchta § 156 Not. c. ffl.; Rudorff § 17 z. A.

3) Gai. IV § 82; L. 123 pr. de R. J. 50, 17; Wetzell Not. 2; Bethmann-Hollweg I § 35. Anders, wo der handlungsunfähigen Partei ein Organ geschaffen werden muß, wie der actor, vindex libertatis u. s. w.

4) Puchta a. a. O. Not. 6.

5) wovon Wetzell § 9 z. A. allein ausgeht.

6) Rudorff II S. 70 Not. 10.

7) Bethmann-Hollweg II S. 417.

8) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 153; Puchta a. a. O. Not. c. — L. 11 de P. et A. 45, 1.

9) die Gai. l. c. mit den procuratores wegen ihrer nahen Verwandtschaft zusammenstellt, die aber strenger genommen, wie auch pr. Inst. de satisdat. anerkennt, nicht mit denselben identisch sind. S. weiter § 89. Bethmann-Hollweg II. S. 426.

Kognitur ist die ältere, durch Bestellung in solenner Form begründete, anfangs nur aus besondern Gründen, dann allgemeinhin zulässige Art der Stellvertretung [10]). Die aus allmählig immer formloserer Bestellung hervorgegangene Stellvertretung ist die Prokuratur [11]). Von da aus lag es nahe genug, sogar Vertreter ohne Mandat, die Defensoren [12]), zuzulassen. Mandatslose defensio des Verklagten war unter den nöthigen Sicherheitsleistungen durchweg gestattet [13]), defensio des Klägers, zu der weit geringere Veranlassung sein konnte, freilich nur in beschränktem Maße [14]).

Die Wirkung einer gehörigen Stellvertretung, welche subjektive Fähigkeit des Vertreters [15]), sowie für den Kognitor oder Prokurator Nachweis der entsprechenden Vollmacht voraussetzte [16]), bestand darin, daß der Kognitor, Prokurator oder Defensor dominus litis wurde [17]). Das heißt: derselbe stellte sich durch die litis contestatio dem Gegner als wirkliche Prozeßpartei gegenüber [18]). Wie bei Vertragsschließungen, so ist es auch hier nach römischen

---

10) Keller § 54 Not. 633 ffl.; Rudorff II S. 70 Not. 15; S. 236 Not. 4; Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 417. — Gai. IV § 83. — Die Formel der Bestellung s. bei Puchta § 156 nach Not. n.

11) Vermuthlich wurde diese Formlosigkeit, welche zuletzt den Bestellungsmodus ganz gleichgültig machte, zunächst bei dem proc. omnium bonorum, dann erst bei dem proc. specialis üblich. Keller a. a. O. Not. 635; Rudorff S. 71. 237; Bethmann-Hollweg II S. 419. 421. — So auch L. 26 Cod. h. t. 2, 13.

12) Analog wie die negotiorum gestio sich an das formlose Mandat anschließt.

13) L. 33 § 2 de procur. 3, 3; L. 1 de neg. gest. 3, 5; Rudorff a. a. O. Not. 25; Bethmann-Hollweg II S. 420. 429.

14) Gai. IV § 84; L. 35 pr. 40 § 4 de proc. 3, 3. Puchta § 156 Not. u.

15) Rudorff II § 18; Puchta a. a. O. Not. h ffl. Ueber die Pflicht zur Annahme vgl. L. 8 § 3 h. t. 3, 3.

16) Widrigenfalls Stoff zu einer exc. procuratoria resp. cognitoria entsteht. Rudorff II S. 111; Puchta a. a. O. § 170 Not. f.; Keller § 54 a. Schl. — § 11 Inst. de exc. 4, 13.

17) Ueber den römischen Ausdruck dominium litis s. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 155.

18) Während das materielle Klagrecht u. daher die Disposition darüber

Begriffen unmöglich, daß ein freies selbstständiges Individuum sich lediglich zum Mittelsmann eines Andern hergeben mag[19]). Während das innere Verhältniß zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ganz für sich zu beurtheilen blieb[20]), trat der letztere durch die Litiskontestation als Prozeßgegner in den Streit ein, war also zu allen Prozeßhandlungen für seine Person und aus eigener Verantwortung befugt. Die Intention der Formel kam zwar aus der Person des ursprünglich Betheiligten, die Kondemnation aber wurde auf den Vertreter, als den Kontrahenten der Litiskontestation, gestellt[21]). Der Gegner des Vertreters konnte, soweit dies neben der konsumirenden Wirkung der Litiskontestation, welche, wenn das Mandat wirklich vorlag, das ursprüngliche Streitverhältniß geradezu aufhob[22]), durch cautio de rato und judicatum solvi hinlänglich sicher gestellt werden[23]). Um die Interessen der Partei dem Prokurator gegenüber zu wahren, ließ sich, sofern nicht der letztere als procurator in rem suam bestellt war[24]), durch Umstellung der Formel eine aktive und pas-

---

dem Mandanten bleibt. Die lit. cont. als quasi-contractus (s. § 107) begründet die Prozeßobligation zwischen Prokurator u. Gegner. Keineswegs aber erwirbt der Prokurator ein eigenes Recht an der Streitsache selbst; er handelt (wenn er nicht in rem suam bestellt ist) im Interesse des Mandanten. Die röm. Lehre ist ausführlich entwickelt bei Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 426 ffl.

19) Ueber die Ursachen, welche in der Stellung der Arbeit bei den Römern liegen, s. Endemann, H.R. § 27 Not. 2; § 31 Not. 2. — Mühlenbruch, die Lehre von der Cession § 5. Alles, was Bethmann-Hollweg a. a. O. sagt, zeigt zwar unbestreitbar Vortheile des röm. dominium litis und seinen Zusammenhang mit anderen Rechtssätzen, nicht aber den eigentlich inneren Grund.

20) als Mandat, neg. gestio u. dgl.

21) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 428; Puchta a. a. O. § 156 Not. ll. ffl.; Rudorff II § 72 Not. 4—9; Wetzell a. a. O. Not. 4. 5.

22) Bethmann-Hollweg S. 429; § 107, 5. Diese Wirkung führte zu der exc. rei in judicium deductae, bzw. rei judicatae, wenn die ursprüngliche Partei von Neuem den alten Anspruch erheben wollte.

23) Wetzell Not. 6 ffl.

24) Keller § 53 Not. 621. — Es ist bekannt, daß sich aus diesem Gesichtspunkte die Lehre von der Cession entwickelte. Mühlenbruch a. a. O. § 6. 8. Bethmann-Hollweg S. 448.

sive Uebertragung der actio judicati oder Gewährung der actio judicati utilis auf die Partei selbst ermöglichen[25]). Indem dadurch das Verhältniß immer beweglicher wurde, gab man schließlich eine utilis actio gegen und für die Partei selbst ohne besondere Uebertragung[26]), und im Zusammenhange damit gestattete man nun sogar auch noch Bestellung eines Prokurator nach der Litiskontestation[27]). Man erkennt deutlich die zunehmende Hinneigung zu einem gewöhnlichen, frei zu bestellenden und daher auch frei revokablen[28]) Mandat.

II. Nominell blieb das dominium in der mittelalterlichen Doktrin und Gesetzgebung erhalten[29]). Allein dem inneren Wesen nach sind die durch Mandat bestellten Prokuratoren und die ohne Mandat auftretenden Defensoren[30]) blose Repräsentanten. Indem sie nur für die Partei litem kontestirten und das Judikat erwirkten, war die Beziehung unmittelbar auf die letztere von selbst gegeben[31]). Jene hinderlichen altrömischen Ideen standen der Uebernahme bloser Repräsentanz von Seiten freier Personen nicht mehr entgegen[32]).

---

25) Während sonst der Prinzipal nur gegen den Prokurator die Mandatsklage hatte, und diesem auf Mandatsklage (contraria) hin haftete. Rudorff II S. 238; Wetzell § 9 Not. 14 ffl.

26) Wetzell a. a. O. Not. 21. — Bethmann-Hollweg S. 449; Mühlenbruch a. a. O. § 14.

27) Die sonst endgültig über das dominium litis entschieden hatte.

28) Puchta a. a. O. Not. nn.

29) Nachweisungen aus der Literatur s. bei Bethmann-Hollweg, Versuche S. 241 ffl. Dazu Jo. Andr. summ. (ed. Wunderlich) c. 1 § 15. 18.

30) Durant. I, 3 rubr. de procur. u. de defensore. — Der Name cognitor ist verschwunden.

31) S. über den effectus procuratoris Tancred. de ord. jud. I, 6 § 7; über die lit. cont. per proc. Damas. de ord. jud. tit. 27; prinzipiell noch unentgeltlich s. Ricard. Angl. (ed. Witte) p. 13 v. 32. Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 163; über die act. judicat. das. Not. 167. 168.

32) Ueber diese Wandlung s. Endemann a. a. O. (Not. 19). Die juristisch-doktrinäre Erklärung bei Wetzell § 9 nach Not. 25 erklärt das Wesen derselben nicht. Der wahre Grund liegt wieder in der (jetzt veränderten) Auffassung freier Arbeitsthätigkeit im Interesse eines Andern.

Nothwendig ist nun vorgängige Vollmacht oder nachträgliche Ratihabition durchaus erforderlich, denn das Verfahren gegen den falsus procurator, der nicht dominus litis wird, bleibt wirkungslos[33]). Es muß ferner der Umfang der Vollmachtsbefugnisse genau festgestellt werden[34]). Die bis dahin gebräuchlichen cautiones de rato[35]) und judicatum solvi[36]) werden durch das Erforderniß der Vollmacht bis auf den Fall, wo die Vollmacht zweifelhaft ist, abfällig. Kurz, nach jeder Richtung hin müssen sich, wenn der Prokurator der eigenen Verantwortung entkleidet nur zur Mittelsperson der Partei gemacht wird, total andere Sätze ergeben, als im römischen Recht bestanden hatten. Weit entfernt jedoch, diese prinzipiellen Gegensätze konsequent durchzuführen, wiederholte die Doktrin gleichwohl eine Reihe von Sätzen, weil sie positiv in den Quellen bezeugt waren, die lediglich als Folgen des dominium litis erscheinen. An Verwirrung hat es daher nicht gefehlt[37]).

III. In dieser Gestalt wurde die Lehre in Deutschland rezipirt, wo ähnlich wie im R.R. die ursprünglich ganz ausgeschlossene Vertretung vor Gericht[38]) erst allmählig in Uebung gekommen war[39]). Wenn nun auch bis in die neuere Zeit keineswegs überall die Doktrin in's Klare gekommen ist, so ist man doch bei dem Standpunkt des rezipirten Rechtes nicht stehen geblieben, vielmehr hat die Praxis und die moderne Gesetzgebung

---

Dazu kam allerdings hinzu, daß man das dominium litis so wenig verstand, wie andere römische Prozeßeinrichtungen.

33) Marant. Spec. aur. IV dist. 16 nr. 13 sqq. — Ueber die ausnahmsweise Zulassung eines mand. praesumtum s. § 88.

34) Gratia de ord. jud. I, 8 § 1.

35) S. Ricard. Angl. p. 12 v. 30; p. 16 v. 27; Scacc. de jud. I c. 101 nr. 35.

36) Ricard. Angl. p. 15; Scacc. ib. nr. 53.

37) Man vgl. als besonderes deutsches Beispiel die Lehre von der Stellvertretung in der Eideszuschiebung oder Eidesleistung. S. im Uebrigen Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 239 ffl.

38) Maurer, Gesch. des Gerichtsverf. § 13. 60. 100; Schäffner, Gesch. der Rechtsverf. Frankreichs I S. 370 (anders bei den früher romanisirten Westgothen); II S. 345.

39) Für die ältere Auffassung bes. wichtig Gaill. obs. I, 43; Chil. König c. 10.

mit großer Entschiedenheit das reine Repräsentationsverhältniß weiter entwickelt[40]). Es steht fest, daß der Prozeßprokurator[41]) durchaus nur als Repräsentant der Partei[42]), ohne alle persönliche Verpflichtung und Berechtigung gegenüber dem Gegner, erscheint[43]). Die Gegenpartei hat es durch den Prozeßvertreter hiedurch lediglich mit der vertretenen Partei zu thun[44]). Dieser Grundsatz, die sog. Repräsentationsidee, gilt allgemeinhin, sowohl für die Stellvertretung durch Rechtsanwälte, wie durch andere Personen.

§ 84.

2. Arten der Stellvertreter.

Martin § 75; Linde § 129; Heffter § 168; Schmid § 78; Bayer § 102; Osterloh § 162; Wetzell § 9.

Gattungen der Stellvertreter lassen sich nach verschiedenen Richtungen unterscheiden[1]).

---

40) Nur so kann das Verhältniß bezeichnet werden. Andere (s. Renaud § 65, 6) thun die ältere Lehre damit ab, daß sie behaupten, das dom. litis sei nicht rezipirt worden (wahrscheinlich weil die Doktrin nicht wollte?). —

41) Dadurch ist er in Gegensatz gebracht zu dem procurator in rem suam (Cessionen) Osterloh § 162 Not. 13, der, wie auch z. B. der tutor, selbst Partei ist und seinerseits allenfalls einen Prozeßprokurator bestellt.

42) Osterloh § 165 Not. 13 ffl.

43) Renaud § 165, 7 und dessen Citate. Wetzell a. a. O. Not. 26. Auch das Alles soll die Jurisprudenz „gemacht" haben. In Wahrheit ist sie nur den angedeuteten (s. Not. 19. 32) Wandlungen der sittlichen und wirthschaftlichen Ansichten nachgegangen, und noch dazu schleppend genug, welche die Thätigkeit im Interesse eines Andern möglich gemacht haben.

44) So nothwendig die Repräsentanz ohne persönliche Haft der Mittelsperson erscheint, so sind doch auch die Schwächen klar. In diesem Verhältniß, welches dem Prokurator gestattet, sich hinter die Partei, und immer zugleich auch der letzteren in gewissem Maaße möglich macht, sich hinter dem Prokurator zu verstecken, liegt eine Hauptquelle der Chikane. Es ist daher bemerkenswerth, daß neuere Prozeßentwürfe zu dem sonst leicht beengend dünkenden dominium litis zurückstreben. Durch Eigenverantwortung des Prokurators wird dessen Thätigkeit ganz anders angeregt und zugleich die Prüfung der Legitimation erspart.

1) Der antiquirten Arteneintheilungen, wie cognitores u. procuratores, s. § 83, 10. 11, nicht zu gedenken. Bethmann-Hollweg II S. 423.

I. Oeffentliche und Privatprokuratoren, indem, wenn auch für beide das Verhältniß zu der Partei in der einzelnen Sache im Ganzen das nämliche ist (§ 87. 88 ffl.), doch den ersteren, den angestellten Rechtsanwälten, eine ganz andere, mit dienstlichen Rechten und Pflichten (§ 82) versehene Stellung zukommt.

II. Freiwillige[2]) und nothwendige[3]) Vertreter. Diese Eintheilung beruht auf der Verschiedenheit, daß jene durch rechtlich, wenn auch nicht immer faktisch, freiwilligen Entschluß der Partei, diese ohne, vielleicht sogar gegen den Willen, oder, wenn mit Willen der Partei, doch aus rechtlicher Nothwendigkeit zugezogen werden.

Allein, wenn auch die Erheblichkeit der Unterscheidung anerkannt werden muß, so ergibt doch eine nähere Betrachtung der sog. nothwendigen Stellvertretung bald, daß sie von der sonstigen Stellvertretung generisch verschieden ist und nicht als Unterart der sonst unter Stellvertretung verstandenen Repräsentanz betrachtet werden kann. Der nothwendige Vertreter, welcher als Prozeßorgan einer zum eigenen Handeln gar nicht befähigten Partei auftritt, ist nicht blos Repräsentant, sondern selbst die Prozeßpartei, eben weil die von ihm vertretene Person das zu sein gar nicht vermag[4]).

III. Ein weiterer Gegensatz besteht zwischen denen, welche kraft eines ihnen ertheilten und, muß man hinzufügen, in Gestalt einer Vollmacht nach außen kundlichen Auftrags, oder ohne Mandat auftreten. Unter den letztern kann man an sich auftragslose, also blos aus eigenem Entschlusse, ohne Willen der Partei die Sachvertheidigung übernehmende Vertreter verstehen. Nach der heutigen Bedeutung der Vollmacht jedoch, der zufolge ein nicht mit Vollmacht versehener Vertreter, wenn er auch möglicherweise beauftragt ist, gerade so dasteht, wie der unbeauftragte, muß ein Gegensatz richtiger zwischen bevollmächtigter und vollmachtsloser Vertretung (§ 90) gemacht werden.

---

2) Dieser Name ist passender, als der der „gewillkührten"; insofern es auch freiwillige Vertreter gibt, die doch nicht von der Partei gewillkührt sind, sondern höchstens von sich selbst. S. Nr. III.

3) Die Bezeichnung „gesetzliche" hat nur insofern Recht, als das Gesetz gebietet, für selbsthandlungsunfähige Personen Vertretung zu besorgen.

4) Das Nähere davon s. in § 91.

IV. Je nach dem Umfang der Vollmacht sind die Prozeßprokuratoren[5]) Generalprokuraturen, wenn sie für alle, oder doch für einen umfassenderen Kreis von Prozeßsachen, Spezialprokuratoren, wenn sie für einen einzigen oder mehrere Prozesse, wo nicht gar für einzelne Handlungen bestellt sind.

3. Freiwillige Vertreter.

§ 85.

a. Fähigkeit zur Vertretung.

Martin § 75; Linde § 131; Heffter § 179; Schmid § 78; Bayer § 109; Osterloh § 163; Wetzell § 10, 7; Renaud § 67.

Die subjektiven Erfordernisse für die Uebernahme einer Vertretung sind zum Theil dieselben, zum Theil andere und besondere, jenachdem es sich um freiwillige oder nothwendige Vertretung handelt. Was die ersteren anlangt, so steht

I. jedenfalls fest, daß der öffentliche Rechtsanwalt befähigt ist, Prozeßvertreter zu sein. Das ist sein Gewerbe. Bei ihm braucht also von Voraussetzungen der allgemeinen Fähigkeit nicht weiter die Rede zu sein. Es kann sich höchstens fragen, ob ihm etwa für die einzelne Sache, in der er dienen soll, die Befähigung nach seiner Kompetenz (§ 81, 10) oder aus anderen Gründen fehlt. Betheiligung oder Interesse an der Sache, sowie besondere Beziehungen zu der Partei machen ihn, da an eine Aufrechthaltung der Unparteilichkeit, wie bei dem Richter, nicht zu denken ist, weder inhabil noch rekusabel. Besondere Beziehung zu dem Richter gibt allenfalls Veranlassung zu einer Rekusation des letztern.

II. Zu der Uebernahme einer Vertretung von Seiten einer Privatperson, soweit diese zuläßig, gehört noch immer, daß sie

---

5) Von denen hier allein die Rede. Oft genug wirft man freilich die Vermögensverwaltungsbefugniß, welche folgeweise auch zur Prozeßvertretung legitimiren mag, damit zusammen. Und das soll man nicht. Denn der administrator omn. bonorum ist nicht bloser Repräsentant, wie der simple Prozeßprokurator, sondern in vielen Fällen, als freiwillig gewähltes Organ (im Gegensatz des nothw. s. Nr. II), die wahre Prozeßpartei (dominus litis). S. dazu Wetzell § 10, 16.

rechtsfähig und zum gerichtlichen Handeln befugt sei[1]). Unter dieser Voraussetzung steht es an sich Jedermann frei, Stellvertreter zu werden[2]). Ausgeschlossen sind davon:

A. wegen mangelnder Rechtsfähigkeit Frauenzimmer, sofern sie noch unter einer Geschlechtskuratel stehen[3]), Minderjährige[4]), wogegen die Qualität als Haussohn kein Hinderniß abgiebt[5]), Ehrlose und Verbrecher[6]);

B. wegen geistiger oder körperlicher Handlungsunfähigkeit, Wahnsinnige, Blinde, Taube, Stumme u. s. w.[7]).

C. Nach positiver Vorschrift sollen Soldaten nur in Sachen ihres Korps oder für nahe verwandte Parteien[8]), Geistliche nur in kirchlichen Angelegenheiten, für personae miserabiles oder nahe Verwandte die Prokuratur übernehmen[9]). Das Verbot, potentiores zu Stellvertretern zu machen, hat keine Bedeutung mehr[10]). Verwandtschaft mit der Partei ist natürlich kein Hinder-

---

1) Wie im R.R., wo die Prokuratur völlig frei war. Persona standi in judicio; s. § 71. — Han. P.O. § 130; D. E. § 99.

2) c. 1 pr. in VI. de proc. 1, 19; s. auch pr. Inst. de iis per quos 4, 10.

3) Die römischen, kanonischen und älteren germanischen Beschränkungen — s. Osterloh Not. 3; Bayer a. a. O. Nr. 2 —, welche überhaupt davon ausgehen, daß Frauen regelmäßig vom Gericht auszuschließen sind, erscheinen nach den heutigen Verhältnissen nicht mehr unbedingt zutreffend. Wetzell Not. 9 will sie noch jetzt nur zulassen, soweit sie „eine sittliche Pflicht antreibt".

4) Nach Kan. R. bis zur Volljährigkeit absolut; c. 5 § 2 X. de procur. 1, 38, nach R.R. beschränkter; L. 1 § 3 de postul. 3, 1; L. 51 pr. de procur. 3, 3. — Wetzell Not. 10.

5) L. 8 pr. L. 33 h. t. 3, 3; c. 14 X. h. t. 1, 38. Wetzell Not. 7.

6) c. 1 C. 3 qu. 7; cf. § 11 Inst. de exc. 4, 13. Bayer a. a. O. Nr. 3.

7) S. darüber durchaus das in § 71, 29. 31 Dargestellte.

8) L. 8 § 2. L. 54 h. t. 3, 3; L. 7. 9. 13 Cod. h. t. 2, 13. — L. 3 § 1 de lib. caus. 40, 12.

9) Nov. 123 c. 6; c. 1. 2. 3 X. de postul. 1, 37; c. 2. 4 X. ne clerici 3, 50. — Indessen gilt jetzt nicht blos dieses Verbot (Wetzell Not. 12), sondern auch das der Militärs mit Recht für eine blose Disziplinarvorschrift.

10) L. 1 Cod. ne liceat. pot. 2, 14; s. auch tit. Cod. 2, 15 u. 18;

niß. Verwandtschaft mit dem Richter führt allenfalls zu einer Rekusation des letztern [11]). Rechtskenntniß wird nicht erfordert [12]), soweit überhaupt Vertretung durch Andere, als Anwälte zulässig ist.

III. Die Folge wirklicher Unfähigkeit (s. jedoch Not. 11) besteht darin, daß die von dem unfähigen Vertreter vorgenommenen Handlungen nichtig sind [15]). In jedem Stadium des Prozesses kann die Unfähigkeit sowohl von Amtswegen, als auch von der Gegenpartei gerügt werden [16]). Rechtsanwälten gegenüber kommt das insoweit gar nicht mehr vor, als allein nach der öffentlichen Anstellung zu fragen ist.

Bayer a. a. O. Nr. 6; Renaud Not. 3. — Wegen des dominium litis erschien die Prokuratur des potentior aus demselben Grunde ungeeignet, der auch die cessio in potentiorem (Mühlenbruch, Ceff. § 30) widerrieth.

11) Osterloh Not. 12. Das ließe sich freilich bezweifeln, wenn man bedenkt, daß der procurator nicht mehr selbst Partei (dominus litis) wird, sondern nur Repräsentant der nicht verwandten Partei ist. Die letztere kann auch einen andern Vertreter nehmen, wenn man nicht etwa von der Idee ausgeht, daß sie, insbes. bei öff. Anwälten, ein Recht hat, gerade diesen zu nehmen.

12) Nach R.R. gewiß nicht. Das Mandat zur Litiskontestation (Rudorff II § 72) steht auf einer Linie mit dem Mandat zu jedem andern Geschäft. Auch aus c. 1 in VI de proc. 1, 19 läßt sich das Erforderniß nicht folgern. — Aber faktisch ist die (s. § 81, 45) Rechtskenntniß vielfach unentbehrlich geworden, auch wenn sie nicht gerade rechtlich nothwendig.

15) Wetzell Not. 14. — Die Möglichkeit einer Heilung durch nachträgliche Ratihabition ist damit nicht ausgeschlossen, soweit es sich um Privatprokuratur handelt. Anders, wenn sich bei Anwaltszwang einmal Unfähigkeit des angeblichen Anwalts ergäbe.

16) Die Rüge der letztern ist exc. procuratoria. Von einem Verzicht auf dieselbe, der in der litis contestatio läge (L. 57 pr. h. t. 3, 3) kann nicht mehr die Rede sein, da die Annahme eines solchen mit dem dominium litis zusammenhängt. Bayer § 115 a. E. Nr. 1. L. 8 § 2 h. t. L. 13 Cod. h. t. 2, 13 betreffen nur die Zulassung der milites (vgl. oben Not. 8). Wetzell Not. 14. Die Repräsentationsidee führt nothwendig dahin, daß durch den ganzen Prozeß hindurch, unabhängig von dem Zugeständniß der Parteien, auf die Fähigkeit geachtet werden muß.

§ 86.

b. die Bestellung.

Martin § 81; Linde § 132; Heffter § 178; Schmid § 79; Bayer § 107. 110; Osterloh § 174; Wetzell § 10 Not. 15 ffl.; Renaud § 66. 68.

I. Bestellen kann einen Prokurator in der Regel jeder Dispositionsfähige[1]), welchem der betreffende Anspruch zur gerichtlichen Verfolgung zusteht[2]). Dagegen vermag der heutige Prozeßprokurator nicht einen andern Repräsentanten zu ernennen, sondern höchstens sich einen solchen zu substituiren (s. § 89, III). Ausnahmsweise ist jedoch die Bestellung eines Prokurators ausgeschlossen für Popularklagen[3]), bei einzelnen Handlungen von rein persönlichem Karakter, wohin namentlich der Eid gehört[4]); oder wenn das Gericht, wozu es nach Bedürfniß befugt erscheint, namentlich zum Zweck von Güteversuchen[5]), auf persönlichem Erscheinen besteht[6]); sowie endlich nach modernen Prozeßordnungen

1) Nicht „Gerichtsfähige". Denn Gerichtsfähigkeit (jus postulandi) wird nicht erheischt. Osterloh § 164 nach Not. 15. Die Prokuraturübertragung ist ein außergerichtliches Rechtsgeschäft.

2) L. 17 § 20 de injur. 47, 10: qui suo nomine actionem habent. — Damit ist nicht blos der von Haus aus Berechtigte, sondern auch der gemeint, der kraft Uebertragung (procurator in rem suam, administrator omnium bonor. s. auch § 82, 8), kraft Amtes (tutor, curator) oder sonstiger Stellung (als Organ einer Handelsgesellschaft, Korporation, Gemeinde u. s. w.) die selbstständige Ausübung des Klagerechts hat. Auch die letzteren können sich einen Prozeßrepräsentanten bestellen. Schmid a. a. O. Not. 1.

3) Wenigstens in der Regel; L. 42. 45 § 1 h. t. 3, 3; auch bei dem int. de libero exhib. ist sie beschränkt; L. 40 eod. Die Anwendbarkeit dieser röm. Sätze, welche darauf beruhen, daß die betr. Ansprüche unübertragbar sind, während doch die Prokuratur, welche zum dominium litis führt, eine Art von Uebertragung ist, ließe sich von der Repräsentationsidee aus sehr bezweifeln, wenn es praktischen Werth hätte. — Martin, Vorl. I. S. 447 Not. 2; Renaud § 66, 2.

4) In der Regel; s. § 203, 9; s. aber dazu über den Gefährdeeid § 129, 15.

5) Martin Not. b. S. § 106, 10; § 156, 7. Han. P.O. § 66; Lüb. P.O. 23. Seuffert IV, 156.

6) Osterloh § 164 Not. 5. — L. 26 Cod. de procur. 2, 13; c. 1 in VI de judic. 2. 1.

mitunter wenigstens die Bestellung von Rechtsanwälten[7]) für manche Klassen von Sachen untersagt oder indirekt[8]) beschränkt wird.

II. Bestellen muß einen Prokurator

A. aus faktischen Gründen, wer am persönlichen Auftreten durch irgend welchen Grund gehindert ist[9]), oder wer, obwohl er es könnte, nicht persönlich auftreten will.

B. Rechtlicher Zwang existirt[10]) nur insofern[11]), als nach neueren Prozeßrechten oder nach der Praxis außerhalb des Gerichtsbezirks sich aufhaltende Parteien genöthigt werden können, einen Insinuationsmandatar zur Entgegennahme der Verfügungen zu bestellen[12]), oder als die Prozeßordnung, indem sie Anwaltszwang vorschreibt, das persönliche Handeln der Partei verbietet[13]). Daß das Gericht, wo dies im Interesse der Parteien erforderlich erscheint, auf Annahme eines solchen Vertreters hinwirken kann, wenn auch ohne eigentlichen Zwang, ist unbedenklich[14]).

III. Besteht die Partei aus mehreren Personen (Streitgenossen)[15]), so kann, wenn eine separate Vertheidigung des Pro-

---

7) in odium der Advokaten, welche sonst die Sachen (z. B. minderwichtige) zu verwickelt machen. Gerade die Umkehr des Anwaltszwangs.

8) z. B. durch Gebührensätze, die es dem Anwalt geradezu drückend machen, solche Sachen zu übernehmen.

9) Wetzell § 10 Not. 3. So Taube, Stumme, Abwesende u. s. w. Dahin gehört jetzt auch oft der Rechtsunkundige, weil er sich nicht selber helfen kann.

10) nachdem das Verbot der personae spectabiles s. illustres, persönlich aufzutreten — L. 25 Cod. h. t. 2, 13; Nov. 71; Bethmann-Hollweg, Handb. I S. 205 — unpraktisch geworden. Osterloh Not. 9.

11) Der Landesherr muß, wenn er von seinem Privileg (§ 53, II) Gebrauch macht, falls er prozessiren will, einen Vertreter schicken; allein das ist kein rechtlicher Zwang. — Die für Korporationen, Mündel und andere prozeß- und handlungsunfähige Personen bestehende Nothwendigkeit eines Organs gehört nicht hierher. S. § 71 I D u. dag. Bayer § 108; Osterloh a. a. O. Not. 7.

12) Wetzell Not. 4; Osterloh Not. 8. — Angeregt findet sich diese Maßregel schon bei Brunnem. c. 1 nr. 72.

13) S. davon § 81, IV.

14) Martin, Vorl. I S. 448 Not. 7; Renaud Not. 6. — Das sollte an Stelle eigentlichen Anwaltszwanges gerade im mündlichen Verfahren vollkommen ausreichen.

15) Mögen diese als Intervenienten, Bürgen, Erben u. s. w. erst später in den Prozeß getreten, oder von Anfang an vorhanden gewesen sein.

zesses möglich ist[16]), jede einzelne einen Prokurator bestellen[17]). Indessen ist man im Ganzen geneigt, theils im Interesse des Gegners, wie namentlich da, wo nach dem Tode des Verklagten mehrere Erben an dessen Stelle rücken[18]), theils überhaupt im Interesse der Vereinfachung des Streites, eine Verpflichtung zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters[19]) anzunehmen. Gemeinrechtlich läßt sich zwar eine solche nicht behaupten[20]). Allein der Gerichtsgebrauch und das Partikularrecht[21]) sprechen häufig jene Verpflichtung aus[22]), oder gestatten dem Gericht aus Zweckmäßigkeitsgründen[23]) die entsprechende Auflage zu machen[24]). Sehr gewöhnlich ist es, die mehreren Streitgenossen wenigstens zu der Ernennung eines gemeinsamen Insinuationsmandatars anzuhalten (Not. 12).

IV. Umgekehrt kann jede Partei, auch wenn sie nur aus einer Person besteht, mehrere Prokuratoren bestellen[25]). Diese

---

16) Das ist der Gesichtspunkt, welcher für die moderne Prozeßrepräsentanz durchschlägt. Nach R.R. kam es darauf an, ob der Anspruch in der Weise ohne Benachtheiligung des Gegners theilbar sei, daß er auf mehrere domini litis übertragen werden könne. Darauf beruhen die verschiedenen Entscheidungen in L. 31 § 1 de procur. 3, 3; L. 31 § 5 de aedil. ed. 21, 1; L. 5 § 7 judicatum solv. 46, 7; L. 48 fam. hercisc. 10, 2. — Wetzell § 10 Not. 2. — L. 42 § 6 h. t. 3, 3 gehört nicht hierher, da dort nur die Vertretung beider Parteien im judicium divisorium durch denselben Prokurator ausgeschlossen wird.

17) Wetzell § 63 Not. 111.

18) Dieser Fall wird auf Grund der röm. Stellen — L. 5 § 6 cit. 46, 7 u. L. 48 cit. 10, 2 — von den Meisten besonders hervorgehoben. Wetzell § 63 Not. 31; vgl. § 10 Not. 2.

19) der möglicherweise auch einer der Streitgenossen (sogar vermöge eines mandatum praesumtum, s. § 73, 38) sein kann.

20) S. gegen Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 428 ffl. Wetzell § 63, 112.

21) Bayer § 108 Nr. 3 und die Zeugnisse bei Wetzell a. a. O. u. Renaud § 59, 9.

22) Han. P.O. § 33; Bad. P.O. § 104; Lüb. P.O. § 24; D.E. § 59.

23) Es ist alsdann wesentlich Offizialsache des Gerichts, u. abhängig von einer exceptio.

24) Old. P.O. Art. 48; Meining. Ges. Art. 28.

25) Den Absch. von 1600 § 66; J.R.A. § 100. Früher galt das für theilweise verboten. Wetzell Not. 30 a. E.; Renaud § 68, 6 ffl.

sind mit der Prozeßführung[26]) entweder sammt oder sonders, d. h. dergestalt in solidum beauftragt, daß jeder für sich allein dazu berechtigt wird. Alsdann soll der zuerst litem kontestirende die andern ausschließen[27]). Sie können aber auch einander substituirt werden. Werden die mehreren Vertreter nicht gleichzeitig, sondern sukzessiv bestellt, so hat der spätere den Vorzug[28]). Oder sie sind, was, bis das Gegentheil ersichtlich, zu vermuthen, sammt und sonders bestellt. Sie müssen alsdann zusammen handeln[29]).

V. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Prokurator und der Partei (§ 87) wird perfekt durch Willenseinigung in beliebiger Form, mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen[30]), über Ertheilung und Annahme des Auftrags. Die Annahme ist im Ganzen ebenso freiwillig, wie die Ertheilung[31]). Sie kann unter Bedingungen gestellt werden, wohin

---

26) D. i. Repräsentanz. Auch hier ist der röm. Gesichtspunkt ein anderer, indem es sich dort fragt, ob die mehrere pro rata (soweit dies dem Gegenstande nach möglich), oder in solidum an dem einen Klagerecht (denn daß plures actiones unter mehrere Prokuratoren vertheilt werden mögen, versteht sich von selbst. L. 37 § 1 h. t. 3, 3) berechtigt werden. L. 31 § 1 L. 38 h. t. 3, 3.

27) Wie nach L. 32 h. t. 3, 3 auch c. 14 X. h. t. 1, 38 und c. 6 in VI h. t. 1, 19 wiederholen. Wetzell Not. 29; Osterloh § 165 Not. 30. Die melior conditio occupantis, eine Folge des dominium litis, noch beizubehalten, hat freilich jetzt gar keinen inneren Grund. Vielmehr sollte man erwarten, daß bei Bestellung in solidum eben jeder Prokurator jederzeit mit voller Wirkung für die Partei allein handeln kann. Die Bestellung mehrerer sammt oder sonders soll regelmäßig eine beständige gegenseitige Substitution derselben sein. S. dagegen c. 6 cit. u. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 248.

28) L. 31 § 2 h. t. 3, 3; c. 14 X. cit. Osterloh § 165 Not. 32; Wetzell Not. 30.

29) Wetzell Not. 28. — Jedoch nimmt man (als der vermuthlichen Intension entsprechend) an, daß, wenn der eine oder andere geradezu verhindert ist oder ausscheidet, die übrigen oder der übrige forthandeln kann, sowie, daß, nachdem einmal die mehreren litem kontastirt haben (als domini!), gegenseitige Einzelsubstitution zulässig sei. Osterloh § 165 Not. 29.

30) Bayer § 110 z. A.

31) Mit gewissen Ausnahmen für öffentl. Rechtsanwälte; s. § 82, II. — L. 8 § 1. L. 33 § 3 h. t. 3, 3.

namentlich auch die Gewährung eines Vorschusses gehört[32]). Zur Bestellung eines Prokurators von Seiten des Vormundes soll es nach der Ansicht Mancher, die jedoch von der Praxis in der Regel nicht befolgt wird[33]), obervormundschaftlicher Genehmigung bedürfen.

In einem gewissen, wenngleich sehr beschränkten Umfang mag sogar die Uebernahme der Prozeßvertretung ohne eigentliche Willenseinigung lediglich aus der Entschließung des Vertreters hervorgehen; nämlich insofern, als es noch eine unbeauftragte Defension gibt[34]). Für den Offizialanwalt liegt sie in der Zuweisung Seitens des Gerichtes (§ 56, II), und dasselbe gilt von sonst etwa vorkommenden Beiordnungen (§ 84, IV). In diesen Fällen bestellt das Gericht den Anwalt Namens der Partei. Das Verhältniß desselben zu der Partei bleibt hier das nämliche, wie da, wo die Partei selber sich den Anwalt sucht. Ueberhaupt aber muß man Abschluß und die Wirkung der Bestellung zwischen der Partei und dem Vertreter durchaus von der Frage trennen, wie sich das Verhältniß des letzteren nach außen dem Prozeßgegner und dem Gerichte gegenüber durch die Vollmacht gestaltet (§ 88. 89).

VI. Die Vertretungsbefugniß nach außen (§ 89) entspringt, abgesehen von den Ausnahmsfällen unbevollmächtigter Prozeßführung (§ 90), aus der Ertheilung und Annahme der Vollmacht. Sehr oft fällt der Akt der Vollmachtsausstellung und Annahme mit der unter V. erwähnten Begründung des inneren Verhältnisses zusammen. Allein er braucht es nicht. Es bleibt vielmehr konkrete

---

32) Zumal wenn sich das Gericht an den Anwalt wegen der Gerichtskosten hält; § 55, 13. — Indessen, ob der Anwalt von diesem Recht, Vorschuß zu fordern, faktisch Gebrauch machen kann, ist oft eine Frage der Konkurrenz.

33) Mit Recht nicht. Denn das röm. rechtl. Erforderniß — 6 Inst. de curat. 1, 23; L. 24 pr. de admin. et peric. tut. 26, 7; L. un. Cod. de actore 5, 61; — Wetzell § 11 Not. 7 — beruht abermals auf der Idee des dominium litis und paßt keineswegs auf den blosen Repräsentanten-Prokurator.

34) Im Ganzen sind das die Fälle des sog. mandatum praesumtum; s. § 90, II. Indessen ist das so zu verstehen: das mand. praes. (vollmachtsloses Auftreten) kann ein unbeauftragtes sein, muß es aber nicht. Denn es ist auch dann da, wenn Auftrag, aber keine Vollmacht vorliegt.

Frage, ob sich der Auftrag gerade in der Vollmachtsertheilung verkörpert, oder ob beides zeitlich getrennt aus einander liegt.

§ 87.

c. Verhältniß des Prokurators zu seiner Partei.

Martin § 75. 81; Linde § 137; Heffter § 177; Schmid § 81; Bayer § 113; Osterloh § 165; Wetzell § 10 Nr. 2; Renaud § 69 II.

I. Das Verhältniß des Stellvertreters zu der von ihm vertretenen Partei wird fast immer als Mandat[1]) oder Geschäftsführung bezeichnet. Bei Zuziehung öffentlicher Rechtsanwälte spricht man richtiger von einem Arbeitsgeschäft, d. h. dem Vertrage, vermöge dessen der eine Kontrahent die in der Prozeßführung bestehende Arbeitsleistung, der andere dagegen, sofern nicht unentgeltliche Leistung beabsichtigt wird, ausdrücklich oder stillschweigend den verabredeten, gesetzlichen oder üblichen Lohn zu zahlen verspricht[2]). Bei Zuziehung anderer Personen wird zwar in der Regel der ohnehin vage Begriff eines Mandatsverhältnisses zutreffen, zumal wenn darunter auch schon Handeln mit Wissen und Willen der Partei verstanden wird. Allein da es für den Effekt der Vertretung nach außen nur auf die Vollmacht ankommt, so bedarf es zur rechtlichen Beurtheilung des inneren Verhältnisses zwischen dem sog. Mandanten und Mandatar, oder zur Auslegung des sog. Mandates oft erst einer besonderen Prüfung. Die Uebernahme der Vertretung kann auch Folge der Verwandtschaft, Gefälligkeit u. dgl. sein. Darnach modifizirt sich der Inhalt der inneren Obligation. Für den öffentlichen Anwalt aber ist derselbe schon durch den Kreis seiner öffentlichen Pflichten (§ 82) bestimmt.

---

1) Wetzell a. a. O. Not. 15. Unbestimmt D. E. § 108.

2) Der Begriff des Mandats, wenn man darunter das röm. mandatum versteht, erweist sich leicht zu eng, oder als eine Fiktion, wo aus der Prokuratur geradezu eine Gewerbsthätigkeit gemacht wird. Das heutige Recht muß sich eben den Begriff eines Arbeitsgeschäftes, unbekümmert um die angebliche Unterscheidung von operae liberales u. illiberales, den das R.R. nach seiner Auffassung der (unfreien) Arbeit nicht kannte, aneignen. Das Nähere s. Endemann, Handelsrecht § 150, 151.

II. Aus dem Gesichtspunkt des Mandats erscheint der Prokurator verpflichtet, den Prozeß mit vollem Fleiße zu führen[3]). Er haftet in dieser Beziehung für jedes Versehen[4]) (omnis culpa) mit voller Entschädigung[5]). Zunächst erscheint die Instruktion der Partei für ihn maßgebend. Indessen ist es faktische Frage, ob und wie weit er einerseits von der Instruktion abweichen darf, ja vielleicht muß, oder Instruktion einzuholen[6]) hat. Manche Handlungen muß er schon von selbst vornehmen; so namentlich die Anzeige der Rechtsmittel[7]). Ueber die Vorschüsse oder Einnahmen, die er erhalten hat, muß er Rechnung ablegen und ausantworten. Diese Pflichten, welche an sich private des Vertreters gegen seinen Mandanten sind, gehen jedoch großentheils für die Vertretung der Rechtsanwälte in deren öffentlichen Pflichten auf (s. § 91) und fallen daher bei letzteren mit unter den Schutz der dienstlichen Disziplin. Neben der privatrechtlichen Klage steht hier der Partei auch die Disziplinarbeschwerde wegen Pflichtwidrigkeit zu Gebote, während Privatprokuratoren gegenüber nur die erstere übrig bleibt. Oder die Erfüllung solcher Pflichten, wie Rechnungsablage, Herausgeben von Vorschüssen, der Manualakten u. s. w., wird auf

---

3) Der Umfang dieser Pflicht, wie die Berechtigung des Prokurators, ergibt sich aus der Vollmacht.

4) L. 4. 13. 21. Cod. mand. 4, 35.

5) L. 8 § 1 mand. 17, 1; L. 11 Cod. eod. tit. 4, 35; soweit nicht der Partei schon durch die Restitution ex culpa procuratoris geholfen wird; § 89, 9. Auch kann der Anwalt, z. B. wegen Prävarikation, geradezu strafbar werden. Ueber Kollusion mit der Gegenpartei s. Renaud Not. 22 ffl.

6) Abstrakt läßt sich hier so wenig, wie bei andern Beauftragten, definiren, was in jedem Falle Schuldigkeit sei. Es bedarf dessen auch nicht. Die Stellvertretung ist eine freie Arbeit, bei welcher der pflichtmäßigen Ueberlegung Spielraum gelassen werden muß.

7) Man bezieht sich dafür auf c. 14 X. de procur. 1, 38. Der fleißige Prokurator soll der Partei die Rechtsmittel offen halten. — Der Umfang dessen, was er schon von selbst zu thun hat, erweitert sich natürlich, wenn es ein rechtskundiger Anwalt ist, dem die Vertretung übertragen wird. Ein solcher muß in der rechtlichen Ausführung, um derentwillen er gerade bestellt ist, auch ohne Instruktion alles Erforderliche wahren. Jede Vernachlässigung nach dieser Seite ist culpa procuratoris. Ueber die damit oft verbundenen Advokatenpflichten s. § 92.

Anruf der Partei durch ein Nebengesuch (§ 64, 25. 26) von dem Gerichte vermöge der Justizadministration betrieben.

III. Dagegen ist auch der Privatprokurator berechtigt, von der ihn beauftragenden oder ratihabirenden Partei wegen aller Verbindlichkeiten schadlos gehalten zu werden[8]). Er hat ein Recht auf Ersatz aller Auslagen und auf den ausbedungenen (§ 86, 32) Vorschuß; ferner auf das vertragsmäßige[9]) Honorar. Von den hierher gehörigen Rechten des öffentlichen Anwalts war bereits die Rede (§ 82, III).

IV. Das Verhältniß zwischen Prinzipal und Prokurator erlischt

A. durch Unfähigkeit oder Tod des letztern; denn das Verhältniß beruht auf höchst persönlichem Vertrauen[16]).

B. durch Tod des auftraggebenden Prinzipals[17]) zufolge der Mandatsidee[18]). Daher früher zur Fortsetzung der Prozeßführung nach dessen Tode förmliche Reassumtion zu verlangen war[19]), bis durch Beifügung[20]) der clausula heredum die Ausdehnung des Auftrags auf die Erben des Vollmachtgebers möglich und üblich wurde[21]).

---

8) L. 27 § 4; L. 56 § 4 mand. 17, 1. — Bei dem blosen Repräsentanten kommen freilich eigene Verbindlichkeiten nur noch ausnahmsweise vor.

9) Ohne deshalbige Vertragsbestimmung, die übrigens auch eine stillschweigende sein kann, soll das Mandat unentgeltlich sein. L. 6 pr. L. 7 mand. 17, 1; L. 1 Cod. eod. tit. 4, 35. Ob das zutrifft, ist freilich quaestio facti; anders z. B. unter Verwandten, einem Winkeladvokaten u. s. w., als einem Rechtsanwalt gegenüber.

16) Das ist der wahre Grund. S. L. 27 § 3 mand. 17, 1. Daß das für den röm. dominus litis nicht galt, s. L. 1 Cod. Theod. 2, 12; aufgehoben in L. 7 ibid.

17) Auch das war unter dem dominium litis anders. L. 23 Cod. de procur. 2, 13. —

18) L. 26 pr. mand. 17, 1.

19) Bayer § 118 Nr. 2; Wetzell § 9 a. E.

20) nach dem J.R.A. von 1654 § 99.

21) Die Praxis und neuere Prozeßordnungen machen sogar die clausula heredum überflüssig. Der Tod des Mandanten ist für die Fortdauer der Vollmacht (wie der Prokura) so gleichgültig, wie andere persönliche Veränderungen. Han. P.O. § 73; D. E. § 104; Preuß. E. § 107 Nr. 1. Nach der formalen Gestaltung der Vollmacht (§ 88) ist das durchaus konsequent. Vgl. auch § 93. — S. dag. Wetzell § 9 Not. 41; Osterloh § 166 Not. 28.

C. durch Widerruf, und zwar ganz allgemein sowohl

1. des Prinzipals, der dazu in jedem Augenblick nach den Grundsätzen des Mandats[22]) befugt erscheint[23]), als auch

2. des Prokurators, welcher ebenfalls zu jeder Zeit, jedoch vorbehaltlich der Folgen unzeitiger Kündigung, kündigen mag[24]). Wann der Widerruf dem Prozeßgegner gegenüber wirksam wird, ist eine andere Frage (§ 89, 35).

D. durch Vollzug der übernommenen Prozeßführung, Zeitablauf, oder Uebereinkunft, wie sich von selbst versteht[25]).

d. Stellung des Prokurators nach außen.

§ 88.

aa. Die Vollmacht.

Martin § 76. 77; Linde § 133. 141; Heffter § 184; Schmid § 80; Bayer § 110; Renaud § 68.

I. Je mehr der Prokurator zum blosen Repräsentanten der von ihm vertretenen Partei geworden ist, desto nothwendiger erscheint es um der Wirkungen des Prozesses willen, den Nachweis zu fordern, daß der Stellvertreter wirklich ein solcher sei[1]). Die Befugniß zur Stellvertretung, legitimatio ad processum[2]), wird,

---

22) also mit Vorbehalt der Schadloshaltung wegen der begonnenen Geschäfte u. s. w.

23) Anders im R. R., wenn der procurator durch lit. cont. dominus litis geworden war; L. 16 de procur. 3, 3; L. 22 Cod. de proc. 2, 13; zum Theil auch noch im Kan. R. c. 4, 13. X. de proc. 7, 38; c. 2. 8 in VI de proc. 1, 19. — Bayer § 118 Nr. 3.

24) L. 22 § 11; L. 27 § 2 mand. 17, 1. — Daß die Niederlegung nur aus „vom Richter genehmigten" Gründen stattfinden könne, Osterloh § 165 Not. 38, hat keinen Grund. Ueber die auch in diesem Punkte abweichenden Konsequenzen des röm. dominium litis s. Bayer a. a. O. Nr. 4.

25) Osterloh § 165 a. E.

1) Das R. R. bedurfte dessen, soweit die Idee des dominium litis herrschte, eigentlich nur zu dem untergeordneten Zweck, die cautio de rato (s. § 81, 13) überflüssig zu machen. L. 21 ratam rem 46, 8; L. un. Cod. de satisd. 2, 57. — Ueber die Formen s. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II, S. 423.

2) In Folge der in der Doktrin oft sehr verwischten Grenzen des Prozeß- und Sachmandats schließt sich die leg. ad processum in vielen

nicht blos dem Gegner, sondern auch dem Gerichte gegenüber (s. N. III.) dargethan durch die Vollmacht[3]). Nach der Entwicklung der Repräsentationsidee mußte eine rein formale und dadurch möglichst sichere Gestaltung der Legitimation in der Weise gesucht werden, daß von außenher nur nach deren Vorhandensein zu fragen ist, das innere Verhältniß hingegen gänzlich außer Frage bleibt[4]). Der Vollmacht bedarf der öffentliche Anwalt eben so gut, wie der Privatprokurator. Sie ist entweder reine Prozeßvollmacht, oder eine Vollmacht, die zugleich noch andere Befugnisse, wie namentlich der Vermögensverwaltung, umfaßt.

II. An sich würde jeder Nachweis genügen, welcher erkennen läßt, daß der Prokurator wirklich als solcher bestellt worden ist. Indessen wird dazu jetzt allgemein erheischt

A. entweder gerichtliche Erklärung zu Protokoll, constitutio ad acta[5]), Seitens des Vollmachtgebers[6]).

B. oder schriftliche Vollmacht, für welche in der Regel sehr bestimmte gesetzliche Erfordernisse des Inhaltes und der Form vorgeschrieben sind. Partikularrechtlich finden sich in dieser Hin-

---

Fällen sehr nahe an die leg. ad causam (s. § 72, 3) an. Wenn der Cessionar die Cession, der Tutor sein Tutorium, der Syndikus sein Syndikat, der Administrator sein Generalvermögensverwaltungsinstrument vorlegt, so ist damit folgeweise auch die Prozeßbefugniß erwiesen. Im engern Sinn redet man aber von der leg. ad processsum namentlich da, wo der Auftrag eben nur auf Repräsentation des Prinzipals im Prozesse gerichtet ist. — Das zeigt sich namentlich in den praktisch sehr häufigen Fällen, wo davon die Rede ist, daß die Gemeinde oder Korporation befugt sei, auch die Rechte einzelner Mitglieder, oder einzelner Klassen derselben zu vertreten; s. § 90 III. Ebenso kann man zuletzt streiten, ob der Nachweis, daß der klagende Theil Inhaber der Firma sei, als leg. ad proc. oder ad caus. zu betrachten, s. § 91, IV. Vgl. Seuffert XVIII, 98.

3) Ueber deren Verh. zu der inneren Seite des Auftrags s. § 86, V. VI.

4) Vgl. schon Carpzov. pr. j. V, 1 § 3. Es machen sich hier ganz dieselben Gründe geltend, die im außergerichtlichen Verkehr zu der formalen Prokura geführt haben. S. Endemann, Handelsrecht § 27. Am weitesten ist darin bis jetzt der Preuß E. gegangen.

5) Martin § 76 Not 9. — S. auch Han. P.O. § 71; D. E. § 98.

6) Eine stillschweigende const. ad acta kann nur insoweit vorkommen, als die präsente Partei den Stellvertreter für sich handeln läßt, wo er dann freilich von dem Rechtsbeistand schwer zu unterscheiden. Wetzell § 9 Not. 32; Osterloh § 164 Not. 17; Renaud Not. 12.

sicht mancherlei Besonderheiten[7]). Im Ganzen verlangt man: Name des Prokurators, Name und Unterschrift des Ausstellers[8]), Ort und Zeit der Ausstellung, Bezeichnung der Rechtssache oder des Umfangs, in welchem die Bevollmächtigung erfolgt. Häufig, jedoch nicht überall, wird öffenliche Beglaubigung der Vollziehung von der Gerichtsbehörde, einem Notar oder von der Obrigkeit erfordert[9]). Die früher üblich gewesene spezielle Beschreibung der einzelnen Handlungen, zu denen der Anwalt befugt sein soll, ist meist nicht mehr gebräuchlich, daher auch die Beifügung der besonderen Klauseln, die man früher für erforderlich hielt, großentheils überflüssig[10]). Diese schriftliche Form der Vollmacht ist jetzt so streng vorgeschrieben, daß anders die Prozeßlegitimation gar nicht beschafft werden kann[11]). Es gibt daher keinen Beweis der Vollmachtsertheilung durch Zeugen, Eid oder andere Urkunden. Es gibt folgeweise auch keine mündliche oder stillschweigende außergerichtliche Bestel-

---

7) Dennoch kommen mitunter sogar noch Blankettvollmachten vor. Martin § 76 Not. 4.

8) Wer Aussteller sein kann, erhellt aus § 84 I. Mit der Prozeßvollmacht in diesem Sinn ist nicht zu identifiziren der Nachweis, den das nothwendige Organ einer zum eigenen Handeln unfähigen Partei dafür erbringen muß, daß es wirklich Organ sei; s. § 89. Alle diese nothwendigen Vertreter können ihrerseits eine Vollmacht ausstellen.

9) Soweit nicht der Aussteller ein öffentliches Siegel führt. — Vgl. Han. P.O. § 73; Renaud Not. 13. In manchen Ländern ist dagegen die öffentliche Beglaubigung nicht nöthig. S. auch Preuß. E. § 97; D. E. § 97.

10) Die clausula de rato hat nur da noch Werth, wo der Vollmachtgeber in der Vollmacht die bis dahin ohne Mandat vorgenommenen Handlungen genehmigt. — Die clausula substituendi (die Wetzell § 10 Not. 27 wegen L. 8 § 3 mand. 17, 1; L. 8 Cod. de proc. 2, 13; c. 1 § 1 in VI. de proc. 1, 19 für nothwendig hält, s. jedoch das. § 9, 41) gilt in der Praxis meist als selbstverständlich. So auch die clausula heredum; s. oben § 87, 21. Auch die clausula hypothecae (zum Nutzen des Anwalts) kommt nicht mehr vor, sofern ein gesetzliches Pfand-, Verzugs- oder Beitreibungsrecht eingeräumt wird. S. § 82, IV; cf. Carpzov. proc. jur. V, nr. 81.

11) S. schon Carpzov. l. c. nr. 51. Die Frage, ob durch (gewöhnliche) Briefe u. s. w. das Mandat nachgewiesen werden könne (das. nr. 59), ist daher unpraktisch.

lung eines Prokurators. Für den vom Gerichte beigeordneten Anwalt liegt die Legitimation im Beiordnungsdekret.

Zwar wird theoretisch [12]) die Regel, daß nachfolgende Ratihabition dem Mandate gleichsteht, immer noch wiederholt, allein nach dem heutigen Wesen der Prozeßvertretung muß vollmachtsloses Handeln in der Regel, selbst wenn cautio de rato und judicatum solvi bestellt würde, ausgeschlossen erscheinen [13]); und die Gelegenheit zu einer Ratihabition verschwindet, je mehr schon von Amtswegen auf sofortiger Beibringung der Vollmacht bestanden wird (s. N. III).

III. Auf die Beibringung richtiger Vollmacht hat, wenn auch den Parteien nach wie vor freisteht, deshalbige Mängel zu rügen [14]), der Richter schon von Amtswegen zu sehen [15]). Das Gericht weist wegen mangelnder oder mangelhafter Vollmacht alsbald ab, oder verfügt deren Verbesserung, bzw. Nachlieferung [16]). Eigentlich soll die Vollmacht sofort mit der ersten Handlung der Partei [17]) eingereicht und ohne dieselbe Niemand zugelassen [18]) werden. Durch Nachsicht des Gerichts kann jedoch, abgesehen von den Fällen des mandatum praesumtum, wie bemerkt, ein

12) Wetzell § 9, 36.

13) Vgl. auch § 90. Bei der Repräsentationsidee ist das Interesse an sicherer Feststellung, wer hinter dem Repräsentanten steht, zu groß.

14) Auf diese Stellung, wonach nur das officium judicis angeregt wird, ist die exceptio deficientis legitimationis ad processum s. procuratoria, sei es, daß der gänzliche Mangel einer Vollmacht, sei es, daß ein Fehler der vorgelegten Vollmacht in Frage steht, schon bei den Kanonisten zusammengeschrumpft. Durant. II, 2 alleg. § 6 Nr. 5.

15) K.G.O. von 1555 I, 21 § 1. Legitimatio fit judici, Osterloh § 166 Not. 3; Bayer § 1 22 z. A.; Wetzell § 9 Not. 33; da, wenn der Prokurator nur Repräsentant sein will, auch das Gericht ein Interesse hat, daß nicht in's Leere gestritten und entschieden wird, daß man vielmehr wisse, ob Jemand hinter ihm steht.

16) Letzteres ist dann besondere Milde, s. auch z. B. Bair. E. Art. 68 ffl. — Neuere Prozeßordnungen legen dem Geiste der Selbstverantwortung entsprechend an Stelle dieser gerichtspolizeilichen Handhabung der Legitimation doch wieder mehr Nachdruck auf die Rüge der Partei, wenn sie auch die Prüfung ex off. keineswegs aufgeben. Han. P.O. § 74; Bad. P.O. § 135. 136; Bair. E. Art. 66; D. E. § 113; Preuß. E. § 104. —

17) Wetzell § 70 Not. 8. 15. — L. 24 Cod. de procur. 2, 13.

18) Dep. A. von 1600 § 68; J.R.A. § 42.

Aufschub zur Nachlieferung, bzw. Verbesserung bewilligt werden [19]). Insoweit bleibt denn allenfalls noch Gelegenheit zu einer Ratihabition [20]).

IV. Bei gänzlich fehlender oder an einem rechtlichen Mangel leidender Vollmacht ist die Repräsentation leer. Ob den ohne genügende Vollmacht auftretenden Prokurator sonstige Nachtheile treffen [21]), ist eine andere Frage. Die Partei gilt, indem entweder der nicht legitimirte Prokurator gar nicht zugelassen wird [22]), oder indem die von demselben dennoch vorgenommenen Handlungen weder für ihn (als blosen Repräsentanten), noch auch für die Partei Wirkung haben [23]), als nicht gehörig vertreten und unterliegt mithin bei ordnungsmäßiger Ladung auf Antrag den Strafen des Ungehorsams [24]). Wird trotzdem mit dem unlegitimirten Vertreter prozessirt, so kann insoweit der Prozeß und das darin ergangene Urtheil als nichtig angefochten werden [25]). Allein die Nichtigkeit, welche jetzt allgemeinhin als eine heilbare betrachtet wird [26]) und die daher bei Einlegung eines den Bescheid als an sich zu Recht bestehenden Rechtsmittels durch Verzicht beseitigt gilt, kann durch Ratihabition gut gemacht [27]), bzw. vermieden werden.

---

19) So läßt die Bad. P.O., wie bei dem eigentlichen mand. praesumtum, so auch bei sonstiger vorläufiger Bescheinigung der Mandatsertheilung (durch Briefe u. dgl.) Nachbringung zu. Bad. P.O. § 138. 139. Anderswo ist man dagegen strenger. Renaud Not. 28.

20) Seuffert, XVII Nr. 101.

21) Verlust der cautio de rato u. s. w.; Verantwortung wegen allen der Gegenpartei verursachten Schadens; s. Han. P.O. § 78.

22) K.G. O. von 1555 I, 21 § 1.

23) L. 1 Cod. quib. res jud. 7, 56. Bayer § 122.

24) Han. P.O. § 75; Preuß. E. § 105.

25) L. 24 Cod. de proc. 2, 13; c. 4 X. h. t. 1, 38. Wetzell § 9 Not. 27.

26) auch für den Prozeßgegner heilbar, der ja den Mangel hätte rügen können. — S. über ältere Bedenken, welche namentlich zu einer jetzt aufgegebenen Unterscheidung der dem dominus günstigen und ungünstigen Urtheile strebten, Marant. spec. aur. P. VI decisor. jud. act. 1 nr. 110 sqq. Gaill. obs. I, 47; Glück, Komm. V S. 280; Wetzell Not. 29.

27) Vgl. auch Bair. E. Art. 81 ffl.; Preuß. E. § 106; D. E. § 116. — Han. P.O. § 77. — Die nachträglich beigebrachte Vollmacht wird eo ipso zurückbezogen; Bad. P.O. § 140.

§ 89.

bb. Die Wirkung der Vollmacht.

Martin § 75. 82; Linde § 137; Heffter § 177; Schmid § 81; Bayer § 113; Osterloh § 165; Wetzell § 9. 10; Renaud § 69 I.

I. Auf Grund der vorhandenen Vollmacht erscheint der Prokurator als bloser Repräsentant der Partei. Die Wirkung derselben besteht also darin, daß durch die in dem Prozeß vorgenommenen Handlungen des Vertreters nur die Partei, nicht der Prokurator persönlich berechtigt und verpflichtet wird. Dies gilt sowohl dem Gericht[1]), wie auch der Gegenpartei gegenüber[2]). Die vertretene Partei ist im Umfange der Vollmacht an die Handlungen des Prokurators durchaus gebunden, selbst wenn letzterer unrichtig, nachlässig oder gar dolos zu Werke geht[3]). Um indessen den äußersten Härten vorzubeugen, wird zufolge der Praxis[3a]) auf Grund eines Versehens des Prokurators Restitution gewährt. Anknüpfend an die römisch-rechtliche Bestimmung, daß den Minderjährigen und Gemeinden, sowie an die kanonische Bestimmung, daß Kirchen und kirchlichen Institutionen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen verletzende Handlungen ihrer Vertreter zukomme, hat sich[4]) schon in der älteren italienischen und deutschen

---

1) Indem auch dieses Alles, was der Vertreter thut, so ansieht, als ob es die Partei gethan hätte. — Dazu kommt allenfalls auch die § 55, 13 berührte Kostenhaft.

2) Also ganz die Repräsentationsidee, die auch im modernen Verkehrsrecht herrscht. Renaud Not. 1. Vergeblich sucht Bayer § 117 die Idee des dominium litis als praktisch darzustellen. Die allgemeine Praxis ist dagegen. Neuere Prozeßordnungen sprechen freilich zum Theil die Repräsentationsidee ausdrücklich aus; Han. § 80; Bad. § 148. 149.

3) Nach R.R. kam das gar nicht in Frage. Die Gegenpartei hat es nur mit dem dominus litis zu thun; mit dem Mandanten gar nicht. Mithin kann von einer Restitution des letzteren nicht die Rede sein. S. Wetzell § 10 Not. 36, namentlich auch über die L. 8 de in integr. rest. 4, 1.

3a) Ueber das Recht der Partei, binnen 3 Tagen Erklärungen zu widerrufen, s. § 92, IV. Es ist das von Haus aus nur ein Recht des Klienten dem Advokaten gegenüber, nicht ein Recht des Mandanten gegen den Prokurator; s. Osterloh § 165 Not. 17.

4) Obwohl erhellt, daß es etwas ganz Anderes ist, mit der Vertretung

Doktrin [5]) die Meinung gebildet, daß jeder Partei die Restitution wegen Versehens ihres Stellvertreters zu eröffnen sei. Freilich wurde ursprünglich und bis in die neuere Zeit meist vorausgesetzt, daß diese Restitution, entweder stets, oder doch wegen culpa im Gegensatz von dolus [6]) des Stellvertreters, nur subsidiär, nach Vorausklagung, bzw. erst bei Insolvenz des Prokurators zu gewähren sei [7]). Nachdem jedoch das dubium camerale vom 19. Mai 1786 in Betreff der bei den Reichsgerichten angestellten öffentlichen Prokuratoren von diesen Voraussetzungen absah [8]), weil die Wahl eines solchen der Partei nicht zur Verantwortung gereichen dürfe, hat gleichen Schrittes mit der Befestigung der Idee, daß der Stellvertreter nur Repräsentant sei, die neueste Praxis und Gesetzgebung sich für unbedingte Gewährung der Restitution wegen Versehens eines Rechtsanwalts erklärt [9]). Man gibt jetzt von dem Standpunkte aus, daß die Partei überhaupt gegen Versehen des Vertreters geschützt werden soll [10]), Restitution auf Grund des Versehens eines jeden Prokurators, mag dies aus dolus oder aus culpa [11]) entspringen, sofern nur die Partei [12]) verletzt und ihrer-

---

der handlungsunfähigen Personen durch Tutoren und ähnliche Organe. — Eine blos prozessualische Restitution im heutigen Sinne ex culpa procuratoris kannte das R. R. gar nicht. Ueber die Möglichkeit einer acti doli gegen die mit dem Prokurator kolludirende Gegenpartei s. L. 8 § 1 mand. 17, 1; L. 7 § 9 de dolo 4, 3. —

5) Zeugnisse dafür s. bei Wetzell § 10, 38.

6) So in einer Reihe Pratikularordnungen; bes. des Sächs. Rechts; s. Biener, syst. proc. jud. I. § 35 Not. 10.

7) Glück, Komm. VI S. 48. — Seuffert XVII, 191.

8) Wetzell § 53, 24 ffl.; auch § 10, 39; Renaud § 189, 60.

9) Wetzell § 53, 25. 26.

10) Darin tritt gerade die öffentliche Pflicht des Anwaltes hervor. Renaud § 189, 61. Daher denn auch die Rest. auf diesen beschränkt wird; Seuffert XIII, 201. Man schützt seine Unfehlbarkeit, die Partei darf sich darauf verlassen, daß er nur das Richtige thut. Soweit er dies nicht thut, ist er gar nicht ihr Repräsentant. Die Schwäche dieser Vorstellung erhellt von selbst.

11) Nur grobes Verschulden erwähnt die Lüb. P.O. § 144.

12) Soweit die Partei Restitution erhalten kann, wird ihr der Regreß gegen den Anwalt überflüssig (s. § 85, 4 ffl.), also gerade umgekehrt, wie früher.

seits außer Verschulden[13]) erscheint; mag dasselbe in einer positiven Handlung, oder in einer Unterlassung bestehen[14]); mag es aus faktischem Irrthum, Nachlässigkeit, oder aus Rechtsunkunde, bzw. Rechtsirrthum des Stellvertreters hervorgegangen sein[15]). Wegen des Verschuldens kann der schuldige Anwalt pari passu in Disziplinarstrafe genommen werden[16]).

II. Die Wirkungen der Repräsentation sind begrenzt durch den Umfang der Vollmacht[17]), welcher an sich sehr verschieden sein kann. Abgesehen von der Frage nach dem Umfange einer zur Vermögensverwaltung ertheilten Vollmacht[18]), sowie von der Frage,

---

13) Wetzell § 53, 28; Renaud S. 570; Seuffert VII. 330; auch frei von culpa in eligendo, was eben bei Wahl eines öffentlichen Rechtsanwaltes in dubio immer der Fall.

14) S. über die darin noch nicht übereinstimmende Praxis. Seuffert XII, 329; XV, 268. — Neuere Prozeßordnungen unterscheiden wohl insofern, als sie bei positiven Handlungen von Widerruf sprechen, was jedoch nur ein anderer Name (s. z. B. Bad. § 150 ffl.; Bair. E. Art. 77 ffl.), bei Versäumnissen dagegen von Restitution; Bad. § 157 ffl. — Gegen Urtheile lassen diese Rest. gar nicht mehr zu Han. P.O. § 444; Old. P.O. Art. 278; D. E. § 626 (nur Einspruch wegen betrüglicher Handlungen).

15) In der letzteren Beziehung macht man allerdings mitunter noch Unterscheidungen. S. Bickell, Zeitschr. für Recht u. Gesetzgebung in Kurhessen I. S. 159 ffl. So auch das O.A.G. zu Dresden nach dem Wochenblatt für merkw. Rechtsf. XIX. S. 22. — Allein die Mehrzahl der obersten Gerichtshöfe ist dafür, Rechtsirrthum und faktischen Irrthum gleichzustellen, s. z. B. Seuffert VIII, 340; XII, 329; Blätter für Rechtspfl. in Thüringen XI. S. 352, was um so mehr zu billigen, als sich in den meisten Fällen, zumal bei Unterlassungen, die Ursache oder das Motiv kaum untersuchen läßt. Will man aber Rechtsirrthum ausscheiden, so muß man den wirklichen error in jure nicht verwechseln mit unrichtiger Subsumtion unter eine an sich richtig erkannte Rechtsnorm. Wetzell a. a. O. Not. 30; Renaud § 189, 57.

16) S. überhaupt Martin § 82; Wetzell § 53, 31. Bes. Verurtheilung in die Kosten des Restitutionsverfahrens, oder des vereitelten Prozesses u. s. w. — Daß der schuldige Anwalt das Restitutionsgesuch nicht einreichen dürfe, s. Martin Not. d., wird in der Praxis keineswegs angenommen. — Das Weitere über die Restitution s. § 124, IV. B.

17) Vgl. dazu auch Han. P.O. § 72; Bair. E. Art. 74; D. E. 99; Preuß. E. § 99.

18) Diese gehört in die Prozeßlehre so wenig, wie die Untersuchung über den Umfang der Prokura u. dgl. — S. darüber Bayer § 114 a. E. (bes. über die Klausel „cum libera“, welche alle Spezialprozeßvollmacht überflüssig macht); Osterloh § 166, 35 ffl.; Wetzell § 10, 18.

ob die Vollmacht für eine oder für mehrere Prozeßsachen ertheilt worden ist, bestimmt sich im Zweifel der Umfang des Prozeßmandats in jeder einzelnen Sache dahin, daß darunter alle gewöhnlichen Prozeßhandlungen begriffen sind. Indem der Anwalt die Partei nicht blos der Gegenpartei, sondern auch dem Gerichte gegenüber vertritt, geschehen alle Zustellungen und Publikationen mit voller Wirkung für die Partei an den Anwalt (§ 143)[18a]. Ausdrückliche Erweiterungen oder Beschränkungen werden dadurch nicht ausgeschlossen[19]; nur müssen sie äußerlich erkennbar sein[20].

In der gewöhnlichen Prozeßvollmacht, sei sie eine ausdrückliche, oder, soweit dies noch statthaft (§ 86 I. C.), eine stillschweigende, bzw. präsumtive, nicht inbegriffen sind:

A. alle nicht blos prozessualische Handlungen, insonderheit neben der Annahme der Zahlung[21]) alle über die Prozeßführung hinausgehenden Dispositionen über den streitigen Anspruch, wohin Vergleich, Kompromiß, Verzicht auf den Anspruch der Klage[22]), Exzeption u. s. w. gehören[23]).

B. Von prozessualischen Handlungen sind ausgenommen

1. Geständniß und Eidesdelation[24]); allein mit Recht nur

18a) Indessen kann doch in manchen Fällen der Anwalt mit Fug zweifeln, oder geradezu annehmen, daß die ihm insinuirte Verfügung auch an die Partei persönlich geschehen sei, z. B. bei Ladungen zur Eidesleistung oder andere persönliches Erscheinen fordernden Handlungen.

19) Die seitherige Doktrin definirt immerhin einen vermuthlichen, aber doch noch variablen Umfang der Vollmacht. Es ist jedoch vollkommen folgerichtig, wenn der Preuß. E. § 103; D. E. § 100 die Vollmacht für unbeschränkbar erklären.

20) Die Beschränkungen, welche etwa bei der Bestellung dem Prokurator aufgelegt werden, sind im inneren Verhältniß desselben zu der Partei vollständig wirksam. Nach außen aber richtet sich die Repräsention ganz nach der Vollmacht.

21) Des Kondemnationsobjekts; s. L. 86 de solut. 46, 3. — Han. P.O. § 72; Empfang der Kosten oft anders; s. auch Preuß. E. § 100 Nr. 2.

22) worunter nicht auch bloses Liegenlassen der Sache (§ 104, I. E.) zu verstehen.

23) Osterloh § 166, 33; Wetzell § 10, 1.

24) Unter dem röm. dominium litis, damit der dominus litis nicht zum Schaden des Mandanten über den ganzen Streitgegenstand disponire, sehr begreiflich. L. 6 § 4 de conf. 42. 2; L. 17 § 3; L. 18. 19 de juretur. 12, 2. Wetzell a. a. O. Not. 17; Renaud Not. 9. 10.

dann, wenn diesen Handlungen der Karakter von Dispositionsakten zukommt[25]). Zu solchen Handlungen gehört, wie auch zu den unter A. bemerkten, entweder besonderer Ausdruck der Befugniß in der allgemeinen Vollmacht, welcher auch schon in der Beifügung der sog. clausula generalis[26]) oder cum libera (potestate agendi) gefunden wird, oder besondere sog. Spezialvollmacht[27]).

2. Gar nicht, auch nicht durch Spezialvollmacht, kann nach richtiger Ansicht übertragen werden die Ableistung von Eiden, auch nicht einmal für den Kalumnieneid (§ 129, 16).

C. Die Befugniß des Prokurators erstreckt sich auf den ganzen Prozeß. Allein dabei entstehen doch mancherlei Zweifel hinsichtlich einzelner Abschnitte des Prozesses, jenachdem man einen solchen gleichsam als einen selbstständigen Streit für sich, oder als einen integrirenden Bestandtheil des Hauptprozesses ansieht. Dies gilt namentlich von der Instanz der verschiedenen Rechtsmittel und der Exekution. Da die Auffassung, wie sich unten ergeben wird, in diesem Punkte sehr verschieden ist, so läßt sich eine allgemeine Regel nicht geben; vielmehr begreift sich, daß die Entscheidung, ob zur Anstellung der actio judicati, bzw. des Exekutionsgesuchs, zur Anstellung der Nichtigkeitsklage oder Nichtigkeitsquerel, zur Geltendmachung der Restitution, zur Durchführung der Appellation oder Revision besondere Vollmacht gehört, partikularrechtlich sehr abweichend ausfällt[28]). Die Ermächtigung, auf die Widerklage zu verhandeln, liegt deshalb, sowohl als Berechtigung, wie als Verpflichtung des Prokurators, im Umfange der Klagvollmacht, weil die Widerklage in ihrer

---

25) Confessio in jure und jurisjur. delatio im römischen Sinn. Wie es damit aussieht, vgl. § 105, III. B. u. § 201, 11. — Wetzell S. 69. Neuere Prozeßgesetze suchen die Geständnisse von Thatsachen, zu denen der Prokurator-Repräsentant befugt sein muß, wenn überhaupt Stellvertretung möglich sein soll, von den Rechtsanerkennungen zu scheiden; so der Preuß. E. § 99 Nr. 1, was freilich bis jetzt kaum möglich ist (s. § 105. 198).

26) c. 4 in VIto de procur. 1, 19; Clem. 2 h. l. 1, 10. — Carpzov. l. c. § 5 u. V, 2.

27) Wetzell § 10, 18. — Bad. P.O. § 144; Bair. E. Art. 75.

28) S. dazu Wetzell a. a. O. Not. 20 ffl. — Mit der Bezugnahme auf einzelne Stellen der älteren Rechte ist wenig gethan.

gleichzeitigen Verhandlung Bestandtheil des anhängigen Prozesses wird [29]).

Ganz anders muß das Erforderniß einer Spezialvollmacht bei den sog. nothwendigen Vertretern betrachtet werden, welche eben nicht blos Prozeßbevollmächtigte in dem Sinne, wie für den einzelnen Prozeß bestellte Anwälte sind (§ 91). Für die zur Vertretung berechtigten Organe der Handelsgesellschaften (§ 91 IV.), sowie für die Prokuristen steht ausdrücklich fest, daß sie keiner Spezialvollmacht bedürfen. Ihre Vertretungsbefugniß ist nach außen sogar völlig unbeschränkbar [30]). Bei den übrigen Vertretern, Tutoren und Administratoren aber kann sich gemeinrechtlich nur fragen, ob etwa ihr Administrationsrecht beschränkt sei, während ihre Thätigkeit im Prozesse, da sie nicht Repräsentanten, sondern die eigentliche Prozeßpartei sind, an sich nicht beschränkt erscheint.

III. Durch die Vollmacht wird zunächst der Prokurator selbst zur Prozeßführung berufen, und es versteht sich von selbst, daß er den auf persönlichem Vertrauen beruhenden Auftrag nicht weiter übertragen und solchergestalt einen andern Repräsentanten bestellen kann. Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob er nicht die Befugniß habe, zu einzelnen Handlungen, seien dies auch mehrere, im Laufe des Prozesses sich eines Substituten zu bedienen. Maßgebend ist, ob dies in der Intention des Auftraggebers lag und dazu Ermächtigung ertheilt wurde [31]). Früher hielt man dazu ausdrückliche Ermächtigung durch die clausula substituendi für nothwendig [32]). Die heutige Praxis unterstellt stillschweigend die Ermächtigung [33]). Oft umfaßt die Substitutionsbefugniß neuerdings sogar die Ernennung eines andern Anwalts für die höhere Instanz, die Exekution u. s. w., nur nicht zu selbstständigen weiteren Prozessen [34]).

---

29) Darauf ist der Satz wohl einfacher zu gründen, als auf eine „im Interesse des Verklagten getroffene singuläre Anordnung". Wetzell Not. 25.

30) H.G.B. Art. 42. 114. 150. 158. 167.

31) Das kann allein der Gesichtspunkt sein. Das dominium litis läßt sich dafür nicht mehr anführen. S. Bayer 117 Nr. 1; dag. Wetzell § 10, 26 ffl. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 245. — Osterloh § 165, 29 ffl.

32) D. A. von 1600 § 66; J.R.A. § 100.

33) S. auch Han. P.O. § 72 Al. 3; Preuß. E. § 99 Nr. 3.

34) Han. P.O. § 415; Preuß. E. § 100 Nr. 3 § 102. — Die

IV. Die Beendigung des Repräsentationsverhältnisses fällt nicht immer mit der Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen der Partei und dem Prokurator (§ 85 IV.) zusammen. Die Repräsentation nach außen im Prozeß hängt an dem Bestehen der Vollmacht. Ebendeshalb sind Veränderungen in der Person des Vollmachtgebers, selbst dessen Tod, möglichst gleichgültig gemacht worden. Und aus demselben Grunde kann das Aufhören des Mandats, wie aus den eben erwähnten Gründen, so auch durch Widerruf oder Kündigung dem Gegner gegenüber erst dann wirken, wenn diesem das Erlöschen der Vollmacht angezeigt, oder nachweislich sonst kundbar geworden ist [35]).

§ 90.

cc. Vollmachtslose Stellvertretung.

Nach R.R. war sowohl für den Kläger, wie für den Verklagten unter gewissen Voraussetzungen mandatloses Auftreten gestattet (§ 83, 12). Heut' zu Tage kann nach Dem, was in § 88 über die Nothwendigkeit der Vollmacht gesagt wurde, Auftreten ohne Vollmacht nur als Ausnahme erscheinen. Darum nämlich, ob Zulassung ohne die sonst zur Repräsentation erforderliche Vollmacht möglich, handelt es sich allein; und das (innere) präsumtive Mandat soll nur zur Rechtfertigung des Vollmachtsmangels dienen.

Die hier in Betracht kommenden Fälle sind folgende.

I. Nach der Doktrin darf für den Verklagten ein Jeder die Vertheidigung übernehmen, welcher cautio judicatum solvi, bzw. de rato bestellt [1]). Allein die Praxis besteht auch hier regelmäßig durchweg auf Vollmacht und kennt diese Defension nicht mehr (88, 13).

II. Für den Kläger soll Vertretung ohne Vollmacht vermöge

Prozeßführung ist nicht ein bloses Mandat (§ 87, 2), sondern eine freie Arbeit, bei der vorausgesetzt werden kann, daß sich der Anwalt nach Befugniß auch der Hülfe Anderer, zumal öffentlicher Anwälte, soll bedienen können.

35) Wetzell § 9, 39. — An der vollen Konsequenz fehlt freilich in praxi häufig noch Vieles. Auch in diesem Punkt bedarf es fester Normen, wie bei der Prokura.

1) Carpzov. pr. jur. I, 6; Wetzell § 9, 36; Renaud § 70, 3.

eines sog. mandatum praesumtum insofern stattfinden, als Aszendenten und Deszendenten, Geschwister, Verschwägerte bis zum zweiten Grade, der Ehemann in allen Rechtssachen der Frau [2]), endlich Litiskonsorten (§ 73, 38) zur Prokuratur befugt gelten. Doch leidet die auf das nahe Verhältniß gestützte Vermuthung des Einverständnisses stets Widerlegung [3]). Auch soll auf Erfordern der Prokurator cautio de rato machen [4]). Praktisch aber ist, da das R.R. bei der Zulassung einer präsumtiven Vertretung von dem stets eine persönliche Verantwortung involvirenden dominium litis ausging [5]), das moderne Recht hingegen auf der Repräsentationsidee steht [6]), die vollmachtslose Uebernahme der Vertretung auch in diesen Fällen größtentheils verschwunden [7]). Oft wird bis auf die Fälle, wo Gefahr im Verzuge, die vollmachtslose Vertretung geradezu ausgeschlossen [8]), oder höchstens darauf reduzirt, daß ein Vertreter, sei er Anwalt, sei er eine jener vordem als präsumtive Mandatare bezeichneten Personen, allenfalls einstweilen bis zur nachträglichen Beibringung der förmlichen Vollmacht zugelassen wird [9]).

III. In gewissem Sinne, obwohl zugleich wieder wesentlich verschieden, schließen sich daran manche Fälle an, in denen die Befugniß anerkannt wird, für Andere nicht die blose Vertretung zu übernehmen, sondern als Prozeßpartei zu fungiren. Von der

---

2) L. 35 pr. de procur. 3, 3; L. 3 §. 3 judicat. solv. 46, 7; L. 12 Cod. de procur. 2, 13. Osterloh § 166, 9.

3) L. 40 §. 4. h. t. 3, 3. Daher kein mand. praes. für eine prozeßunfähige Partei. Osterloh § 166, 14. — Mit diesen Fällen sind übrigens die nicht zu verwechseln, wo es sich darum handelt, ob aus thatsächlichen Momenten der Uebergang des Klagrechtes auf die als Kläger auftretende Person geschlossen werden kann. Bayer § 111 a. E.

4) Folge davon, daß er nicht mehr dominus litis, sondern Repräsentant wird.

5) Insofern kann man sagen, daß das R.R. nicht von der Idee eines mand. praesumtum ausging. Renaud § 70, 12; vergl. oben §. 88, 15.

6) Das ist der wahre Grund, und nicht, wie Osterloh § 162, 8 meint, weil die cura absentis das Bedürfniß erübrigt.

7) Bayer § 124 ficht das ganze Institut an. Indessen an sich könnte ein mand. praes. recht wohl noch vorkommen, wenn nicht die Repräsentanz dazu drängte, anstatt bloser Vermuthlichkeit des Mandates Gewißheit durch augenscheinliche Vollmacht vorzuziehen.

8) Zeugnisse s. bei Renaud § 70, 17. 18.

9) S. § 88, III. Han. P.O. § 76; Old. P.O. Art. 52, 2. Bad. P.O.

nothwendigen Vertretung unterscheiden sie sich dadurch, daß die als Prozeßpartei auftretende Person nicht als Organ einer selbst handlungsunfähigen Partei bestellt ist und daß es sich überhaupt nur um ein Recht, im Interesse des eigentlich Berechtigten den Prozeß zu führen, handelt. So namentlich, wenn häufig unterstellt wird, daß die Gemeinde befugt sei, die Rechtsansprüche einzelnen Klassen von Gemeindeangehörigen gerichtlich zu vertreten[10]); ferner die Klagberechtigung des Hausvaters in Adventiziensachen[11]), der unehelichen Mutter, auch wenn sie nicht Vormünderin, in Alimentensachen des Kindes, u. dgl.[12])

§ 91.

4. Nothwendige Vertreter.

Martin § 78. 80; Heffter § 175. 176; Linde § 139; Schmid § 67. 82; Bayer § 119. 112; Osterloh § 112. 162; Wetzell § 11; Renaud § 71.

Die sog. gesetzlichen oder nothwendigen Vertreter unterscheiden sich von den freiwilligen dadurch, daß sie nicht blose Repräsentanten, sondern als Organe selbst handlungsunfähiger Parteien, oder kraft eines im eigenen oder im fremden Interesse ausgeübten Vermögensverwaltungsrechtes wirkliche Prozeßparteien sind (§ 84, II).

Hierher gehören:

I. die Tutoren und Kuratoren der unter Vormundschaft gestellten Personen[1]) oder Vermögensmassen[2]). Ihre Bestellung involvirt in der Befugniß zur Vermögensverwaltung auch die Be-

---

§. 137. 138. Das ist mehr praktische Konnivenz, als eine greifbare Berechtigung.

10) Nachweise s. b. Seuffert, Reg. zu Bd. 11—15 S. 82. Nr. 4. Es fragt sich, ob das in den Beruf der Gemeinde als solcher fällt: s. o. § 73, 43 u. Martin, Arch. f. pr. R.W. X. S. 1. Im Ganzen ist man geneigt, das zu bejahen. Ueber die Vertretung der Gemeinde selbst im Proz. s. § 91, III.

11) Seuffert XIII, 266.

12) Seuffert XVII, 49. 50. Vgl. auch §. 71. I. E.

1) Ueber die röm. Unterscheidung bei eigentlichen Tutoren und Kuratoren der minores s. Bayer § 119. Daß das unpraktisch, vielmehr alle bevormundeten Personen gleich zu behandeln sind, s. schon § 71, II A.

2) Hereditatis jacentis, bonorum absentis, der Konkursmasse u. s. w. Wetzell a. a. O. Art. 1. Dem von Gerichtswegen bestellten Kurator einer ruhenden Erbschaft steht in dieser Beziehung auch der vom Testator

fugniß zur Prozeßführung. Der Umfang derselben kann sehr verschieden sein, wie namentlich, wenn mehrere bestellt werden, jenachdem sie zu ungetheilter oder getheilter Führung berufen werden[3]).

Im Uebrigen sind Tutoren und Kuratoren sowohl zur aktiven, wie zur passiven Prozeßvertretung legitimirt; blose Güterpfleger (curatores bonorum) dagegen zunächst nur zur passiven Vertretung, zur aktiven aber nur insoweit, als die Anstellung der Klage unter den auf Erhaltung der Vermögensmasse (custodia) gerichteten Zweck der Kuratel füllt[4]).

Tritt der Tutor oder Kurator im Prozesse selbst auf, so liegt seine Legitimation in dem Nachweise seiner Bestellung, entweder mittelst der betreffenden Akten (apud acta)[5]), oder durch Vorlage des Tutoriums bzw. Kuratoriums[6]). Will oder kann aber der Tutor oder Kurator nicht selbst auftreten[7]), so ist er vollkommen berechtigt, einen Prokurator (Rechtsanwalt) zu bestellen[8]).

---

ernannte Testamentsexekutor, wenn ihm die gerichtliche Verfolgung der Erbschaftsforderungen übertragen wird, sehr nahe. Seuffert VI, 226; XV, 34.

3) Das Nähere gehört in die Lehre von der Vormundschaft. S. darüber bes. Rudorff, das Recht der Vormundschaft. I. S. 182. Kraut, desgl. II. S. 628.

4) Wetzell Not. 5. — Die Unterscheidung, ob die Klage „zur Verhütung von Vermögensverlust" dienen soll, erweist sich leicht prekär.

5) Womit es, wenn das Prozeßgericht auch Vormundschaftsgericht ist, sehr leicht genommen wird.

6) S. auch D. E. §. 53; Bayer E. Art. 47.

7) Z. B. bei Anwaltszwang, wenn er selbst kein Anwalt ist.

8) Nach röm. R. soll er das nicht, sofern er nicht durch lit. cont. bereits dominus litis geworden, L. un. Cod. de actore 5, 61; L. 11 Cod. de proc. 2, 13, sondern soll die Ernennung eines actor Seitens der Obervormundschaft erwirken, § 6 Inst. de curat. 1, 23; L. 24 pr. de adm. tut. 26, 7, oder wenigstens nur unter Zuziehung des Mündels verfahren; L. 11. 14 Cod. de procur. 2, 13. Das war geboten, wenn die Bestellung des procurator diesem das für den Mündel so leicht präjudizirliche dominium litis übertrug. Wetzell Not. 6. 7. So auch die kan. Prozessualisten, s. Tancred. I, 7 § 5; vergl. dagegen schon Jo. Andr. ad Dur. I 3 de actore ab univ. nr. 5. Aber zu dieser Beschränkung des Testators und Kurators ist, wie auch die Praxis annimmt, gar kein Grund mehr, wenn die Ernennung des Anwalts nur Bestellung eines Repräsentanten ist. Diese kann der Vormund unbedenklich allein vornehmen.

Eben daraus erhellt, daß der Vormund kraft des ihm übertragenen Verwaltungsrechtes eine ganz andere Stellung hat, als die eines bloßen Prozeßprokurators [9]), seit dieser nur Repräsentant ist.

Das innere Rechtsverhältniß zwischen Mündel und Vormund bestimmt sich nach den Rechtsgrundsätzen über die Vormundschaft; nach außen im Prozeß ist der Vormund nicht bloser Repräsentant der zur Prozeßführung unfähigen Partei, sondern selbst Prozeßpartei, wenn auch nur in der Eigenschaft als Vormund, d. h. in fremdem Interesse [10]), mithin so, daß, abgesehen von besonderen Fällen, nur das ihm in dieser Eigenschaft untergebene Vermögen, nicht sein eigenes für die Exekution haftet. Ein Gleiches gilt von denjenigen Administratoren, welche freiwillig von handlungs- und dispositionsfähigen Parteien bestellt kraft ihrer Administrationsbefugniß die Befähigung zu aktiver und passiver Prozeßführung besitzen [11]). Eben weil der Tutor, Kurator oder Administrator nicht bloser Repräsentant ist, muß konsequenterweise förmliche Reassumtion eintreten, wenn das betreffende Verhältniß während des Prozesses aufhört. Bis dahin ist der Tutor u. s. w. für den Gegner die wirkliche Prozeßpartei (§ 93, 16 ffl.).

II. Aehnlich verhält es sich mit der sog. Prozeßvertretung der Hausväter. Soweit der paterfamilias seinen unmündigen, minorennen oder sonst handlungsunfähigen Hauskindern gegenüber

---

9) Nach R.R. war er dominus litis; das war eben auch der simple procurator oder defensor. Mithin stand der Vormund u. der Prokurator bis auf einige unwesentliche Punkte, s. Bayer § 119 a. E., auf gleicher Stufe. Jetzt ist letzterer nicht mehr dominus litis, während der Vormund „gewissermaßen noch jetzt ein dominium litis hat". Osterloh §. 112 Not. 21.

10) Daher auch Restitution des Mündels (ex jure minorum) gegen die Prozeßführung des Tutor u. s. w. möglich bleibt.

11) Ein empfindlicher Mangel ist dabei freilich, daß man noch immer nicht den Gesichtspunkt auch einer Verpflichtung gewonnen hat. Der Tutor und Kurator muß die auf das Vermögen des Mündels abzielende Klage annehmen. Dagegen kann der administrator omn. bonor. zwar klagen, wie er will; aber daß er sich für seinen Prinzipal verklagen zu lassen brauchte, wird in der Regel nicht angenommen, während doch mit dem Recht der Vertretung auch eine Pflicht gegeben sein sollte. Die Schwierigkeit des Nachweises der Administrationsertheilung kann den Grundgedanken nicht berühren.

die Stellung eines natürlichen Vormundes einnimmt [12]), gilt ganz das unter I. Gesagte. Allein von diesem Gesichtspunkt abgesehen, knüpft sich auch an das väterliche Nießbrauchs- und Administrationsrecht des Adventiziengutes [13]) der Haussöhne, so lange sie unter der väterlichen Gewalt oder dem Mundium stehen, das Recht der aktiven und passiven Prozeßführung. Jedoch soll nach R.R., wenn er volljährig und nicht abwesend ist, die Einwilligung des Haussohnes erfordert werden [14]), wovon jedoch die neuere Praxis meist absieht [15]). Es handelt sich insoweit um eine Prozeßvertretung, welche keineswegs nur im Interesse der Haussöhne stattfindet, sondern mindestens zugleich, wenn nicht ausschließlich, aus dem Interesse des Hausvaters entspringt. Die Stellung des prozeßführenden paterfamilias ist daher nicht die eines blosen Repräsentanten und folglich die Befugniß, seinerseits einen Prokurator zu bestellen, unbedenklich.

Ein ähnliches Verhältniß tritt ein, wo der Ehemann das Mundium oder ein Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht an dem Vermögen der Ehefrau hat.

III. Juristische Personen, Korporationen und Gemeinden bedürfen, wie die bereits (Not. 2) erwähnten Vermögensmassen zu allen Handlungen, mithin auch zur Prozeßführung, des Organs physischer Personen [16]). An sich sind diejenigen, welche nach der Verfassung der Korporation die Führung der Administration haben, sei dies nun die Gesammtheit aller Mitglieder (bei der universitas inordinata), oder sei es der Vorstand oder ein Ausschuß derselben (bei der universitas ordinata), auch mit der Prozeßführung betraut. Die in dieser Weise berufenen Vorsteher haben durchaus dieselbe Stellung, wie die Tutoren oder Kuratoren unter I. Sie sind also die eigentlichen Prozeßführer und, sofern sie nicht selbst auftreten wollen oder können, befugt, einen Prokurator-Repräsentanten zu bestellen [17]).

---

12) Bis aus besonderen Gründen ein anderweiter Vormund bestellt wird. Wetzell Not. 20. 21.

13) wegen des pecul. castrense, quasi castrense u. advent. irregulare, sowie wegen des Verklagtwerdens des filiusfam. major s. §. 71, 15.

14) L. 1 Cod. de bon. mat. 6, 60; L. 8 § 3 Cod. de bon. quae lib. 6, 61.

15) Strippelmann, neue Samml. V S. 384.

16) Savigny, Syst. II S. 283.

17) L. 3 quod cujusque univ. 3, 4; L. 6 § 1 cod.; c. 21 X. de rescript.

Die Legitimation zum Prozeß liegt insofern in dem Nachweis, daß die betreffenden Personen verfassungsgemäß die für die Prozeßführung bestimmten Organe der juristischen Person sind. Indessen ist es auch möglich, daß die Korporation oder Gesellschaft je nach Bedürfniß sich einen Vertreter bestellt, der nur mit der Prozeßführung, in allen ihren Rechtssachen (syndicus), oder in einer einzelnen (actor), beauftragt wird [18]). Die Art der Bestellung richtet sich wieder nach dem Statut oder Gesetz und kann darnach der Vorsteherschaft überlassen, oder der Gesammtheit vorbehalten sein [19]). Der Syndikus als ein ständiger, meist gegen festen Gehalt bestellter, meist geradezu mit einem öffentlichen Karakter versehener Anwalt, oder der Aktor, als der für eine einzelne Sache angenommene Anwalt, nehmen jedenfalls, eben weil sie nur zur prozessualischen Vertretung berufen erscheinen, im Prozeß dieselbe Stellung ein, welche alle Prozeßprokuratoren, ständige oder unständige, einnehmen [20]). Daß die Legitimation in etwas anderer Form [21]) beschafft wird, ist durchaus unwesentlich.

Das Nämliche gilt endlich auch von dem Staatsfiskus, der als juristische Person [22]) seine Organe der Verwaltung hat, aber auch behufs der Prozeßvertretung sich theils ständig dazu angestellter Fiskal- oder Staatsanwälte, theils eines für die einzelne Sache beauftragten Vertreters, sei dieser ein Anwalt, oder ein niederer Beamter, bedienen kann.

IV. Auch die Gesellschaften, welche als solche, und nicht als

---

1, 3. Tancred. I, 7 § 1; Durant. I, 3 de syndico; Carpzov. pr. j. V, 4. — Wie die Vorsteher oder der Ausschuß darin zu verfahren haben, kann das Statut oder das Gesetz näher bestimmen.

18) Ueber den Namensunterschied, der schon im R.R. vorkommt, L. 6 § 1 cit. L. 1 § 1 eod. tit.; Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 424, der aber ist seit dem K.R. fest geworden, c. un. X. de syndico 1, 39, s. Wetzell § 11, 12.

19) Bayer § 112.

20) Es gelten also durchweg die in § 87 dargestellten Regeln.

21) Durch das Syndikat oder Aktorium; Bayer § 112 a. E.

22) Wetzell § 11 nach Not. 14 behauptet, es sei „staatsrechtlich unstatthaft", den Fiskus als jurist. Person anzusehen, weil die Vermögensrechte, die man dem „Staate" zuzuschreiben pflege, Rechte des Staatsoberhauptes seien. Bezeichnend für den Standpunkt dieses Schriftstellers, aber glücklicherweise in den meisten Ländern praktisch nicht wahr.

Mehrheit (Streitgenossenschaft) der einzelnen Gesellschaften, klagen oder verklagt werden, bedürfen dazu eines physischen Organs. Bei Gesellschaften, welche der Organisation entbehren, wird ein Vertreter unmittelbar durch Bevollmächtigung von Seiten der Mitglieder geschaffen, der Bevollmächtigte sei eines der Mitglieder, oder irgend Jemand sonst. Bei gesetzlich organisirten Gesellschaften, wie insbesondere bei den Handelsgesellschaften, welche unter ihrer Firma klagen und verklagt werden (s. § 71, 4), bedarf es dessen insofern nicht, als ein für allemal deren Organe für die Prozeßführung bestimmt sind. In diesem Sinne wird die offene und die Kommandit-Gesellschaft durch die zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter [23]), die Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand [24]) gerichtlich vertreten. Die Legitimation liegt hier in dem Nachweise der fraglichen Eigenschaft, welcher nach den bestehenden Einrichtungen aus dem Handelsregister erhellen muß [25]). Dieselben Personen können auch Prozeßvollmacht auf einen Andern ausstellen.

Auch der Prokurist erscheint in demselben Sinne als Organ des Gesellschafts- und, je nach der Auffassung, sogar des Einzelgeschäfts [26]), legitimirt durch die Prokura oder das Handelsregister [27]).

V. Eine nothwendige Vertretung schafft auch der Anwaltszwang (§ 81, IV), indem er, soweit er reicht, die Partei absolut unfähig erklärt, selber zu handeln.

Ueberblickt man die Reihe der in diesem § erwähnten Fälle, so ergibt sich, daß die nothwendigen Vertreter theils solche sind, welche der Partei nach dem Gesetz unmittelbare durch Akt der Richter- oder der sonstigen öffentlichen Gewalt bestellt werden, so daß der Par-

---

23) Endemann, H.R. § 37 § 51 III.

24) Das. §. 60.

25) Renaud S. 154.

26) Vergl. § 71, 5; während die gewöhnliche Auffassung freilich den Prokuristen, aber wenig zutreffend, nur als Mandatar des Prinzipals ansieht. So auch Renaud § 38, 17. S. dag. Endemann, H.R. §. 28. Mit der schwächlichen Annahme, der Prokurist sei ein Mandatar des oder der Prinzipale ist sein Verhältniß gewiß nicht erschöpft.

27) Ueber den Umfang der Prozeßbefugniß s. §. 89, 30.

tei nicht die einmal Wahl der Person zusteht, oder solche, welche die Partei, gezwungen, einen Vertreter anzunehmen, aus der Zahl der befähigten Personen ihrerseits zu bestimmen hat.

§ 92.

D. Rechtsbeistandschaft. Verhältniß des Rechtsbeistandes zu der Partei.

Martin § 73. 74. 82; Linde § 126 ffl.; Heffter § 171; Schmid § 74 ffl.; Bayer § 97; Osterloh § 169. 170; Wetzell § 8; Renaud § 64.

I. Die Rechtsbeistandschaft oder Advokatur kommt in dem heutigen Prozeß getrennt von der Stellvertretung kaum noch vor. Namentlich fällt sie regelmäßig in der Person der Rechtsanwälte mit der letzteren zusammen[1]). Will man nichtsdestoweniger die Thätigkeit als Rechtsbeistand, deren Rechte und Pflichten bei öffentlichen Rechtsanwälten in der Totalsumme ihrer öffentlichen Pflichten und Rechte (§ 82) aufgehen, für sich betrachten, so liegt der Hauptunterschied darin, daß sie im Wesentlichen keine Repräsentation nach außen erzeugt. Sonst würde sie zur Prokuratur. Es ist mithin, bis auf einen Punkt (Nr. IV), nur von dem innern Verhältniß des Advokaten zu seinem Klienten zu reden.

II. Dieses wird begründet durch Zuziehung von Seiten der Partei oder durch Beiordnung von Seiten des Gerichts. In dieser Hinsicht, sowie in Bezug auf Recht oder Pflicht der Annahme gilt durchaus das früher Bemerkte[2]).

Es steht selbstverständlich Nichts im Wege, mehrere Advokaten zu bestellen, wie umgekehrt mehrere Litiskonsorten sich auf einen vereinigen können.

III. Der Advokat verpflichtet sich, wozu Rechtsanwälte schon

---

1) Denn sie setzt Rechtskenntniß voraus; und von den studirten Juristen befaßt sich sonst Niemand mit der Rechtsbeistandschaft.

2) Die Vorschriften des R.R. über Nöthigung, eine Advokatur anzunehmen, Bayer §. 96, sind unpraktisch. Gerade das Bedürfniß eines rechtskundigen Beistandes führt zu dem faktischen oder rechtlichen Zwang (§ 86, II), einen Anwalt, d. h. einen Advokaten-Prokurator anzunehmen.

kraft ihrer Anstellung und ihres Amtseides verpflichtet sind, und zwar regelmäßig [3]) gegen Entgelt, zu einer Arbeitsleistung [4]).

Die Arbeit des Advokaten besteht darin, der Partei rechtlichen Beistand zu gewähren und für dieselbe mündlich oder schriftlich Vorträge zu halten [5]), welche der Klient durch Anwesenheit oder Ueberreichung sich aneignet. Der Advokat, bei dem die Rechtskenntniß vorausgesetzt wird [6]), hat vollen Fleiß zu prästiren. Jedes Verschulden macht ihn dem Klienten zu Schadensersatz haftbar [7]). Der Verpflichtung, Manualakten zu führen und sie demnächst der Partei herauszugeben, welche gerade die Advokaten betrifft, ist bereits (§ 82) gedacht worden. Eben so der Rechte der öffentlichen Advokaten in Betreff ihrer Vergütung und deren Beitreibung (§ 82, III. IV.)

Wie bei der Prokuratur (§ 87, 24), ist es Regel, daß auch

---

3) Anders in Armensachen, aus Liberalität u. s. w. Bei den Rechtsanwälten stillschweigende Bezugnahme auf die gesetzl. Vergütung.

4) Auch hier, wie in § 87, 2, ist die „schwierige" Frage, ob Mandat, Dienstmiethe (da doch op. liberales), Honorarvertrag, u. s. w., s. Wetzell §. 8, 35, leicht beantwortet, wenn man sich die Existenz eines Geschäftes, welches die ferie Arbeit zum Gegenstand hat und darum selbst den „geistigen" Arbeiter nicht verunehrt, klar macht. Die Ausführungen, daß die Advokatur nach R.R. beneficii loco, nicht gegen Lohn, sondern höchstens gegen Honorar geleistet werde, vermag nur jene Art von Doktrin zu wiederholen, der die Thatsache, daß seit Jahrhunderten die Advokatur ein Beruf ist, der wesentlich den Zweck hat, sein Geld zu verdienen, Nichts gilt; Bayer § 98 z. A., Wetzell a. a. O. Nach Renaud § 64, 2 beruht das Verh. nicht auf einem Kontrakte, woran so viel, aber auch nur so viel Wahres, daß alle Verbindlichkeiten gegen die Partei schon aus dem öff. Amte fließen; s. § 82, 1.

5) Postulare, causae adesse; L. 1 § 2. L. 6 § 1 L. 10 de postul. 3, 1.

6) S. Not. 2. Ist die Rechtsbeistandschaft frei, so wählt freilich der Klient einen rechtsunverständigen Beistand auf sein Risiko. Indessen im schriftlichen Prozeß werden ja Schriften in der Regel nur von Anwälten angenommen.

7) L. 14 § 1 Cod. de jud. 3. 1. Andere leiten die Haft für culpa levis erst aus den R. Ges. her; Wetzell § 8, 37 und 17. Die Analogie zwischen Richter und Advokat, welcher letztere eine Arbeit im Dienste der Partei gegen Lohn übernimmt, trifft nicht zu. Vgl. Carpzov. pr. j. V, art. ult., pr. 70; Struben, rechtl. Bed. I, 52. Osterloh § 170, 3; Bayer § 98 B. — Daneben kann der Advokat disziplinarisch behandelt werden, § 87, II a. E. u. § 82, II a. E.

der Advokat nicht zur Unzeit, oder ohne Grund die Sachvertheidigung aufgeben soll[8]), widrigenfalls er schadensersatzpflichtig wird. Im Uebrigen ergeben sich die Beendigungsgründe von selbst[9]).

IV. Insofern die Rechtsbeistandschaft nicht zugleich Stellvertretung, bedarf es keiner Legitimation nach außen. Der Gegner mag die Unfähigkeit des Rechtsbeistandes rügen. Im Uebrigen genügt es, daß der Klient seinen Rechtsbeistand neben sich handeln läßt. Insofern freilich liegt auch in der Rechtsbeistandschaft immer ein Stück von Vertretung, als das, was der blose Advokat erklärt, als Erklärung der Partei gilt.

Ebendeshalb ist der Partei ein gewisser Schutz gegeben, zwar nicht durch Restitution ex culpa advocati[10]), wohl aber gegen unrichtiges faktisches Vorbringen durch die Befugniß, auch wenn sie bei dem Vortrag anwesend war oder diesen selber überreicht, also eigentlich gebilligt hat, binnen drei Tagen zu protestiren und zu widerrufen[11]). Indessen ist jenes Recht in der Praxis oft ganz und gar vergessen, weil bei der Verbindung von Advokatur und Prokuratur Alles in der Restitution aufgeht[12]). Gegen Rechtsirrthum des Advokaten bedarf es keines besondern Schutzes, da dieser schon in der Freiheit der richterlichen Beurtheilung liegt.

---

8) L. 13 § 9 Cod. de jud. 3, 1; Osterloh § 170, 14.

9) Man vgl. durchaus § 87, IV, da auch in diesem Punkte die Advokatur von der Prokuratur absorbirt wird.

10) Wie ex culpa procuratoris, § 89, I. Allein, wenn Advok. u. Prok. vereinigt sind, so umfaßt jene restit. alle Versehen; Wetzell § 8, 34, den Renaud Not. 14 ohne Grund angreift.

11) L. 3 Cod. de error. advoc. 2, 10. c. 62 X. de app. 2, 28; c. 3 VI. de jurej. 2, 11; Bonaguid. IV, 4; Osterloh Not. 6; Wetzell Not. 34. Renaud S. 146.

12) Daher denn um so mehr mancherlei theoret. Bedenken gegen das von Haus aus wenig berechtigte Widerrufsrecht; s. Bethmann-Hollweg II S. 359. 545; Brackenhöft, Arch. f. c. Pr. XX S. 362; Hoffmann, Arch. f. p. R.W. I S. 108. 129. Heinzerling, der Schutz der Parteien u. s. w. 1867 enthält nur Darmstädt. Praxis.

§ 93.

VI. Veränderungen in der Person der Partei. Reassumtion.

Martin § 302; Linde § 231; Heffter § 503; Schmid § 112; Bayer § 49; Osterloh § 114; Wetzell § 6; Renaud § 50.

I. Wie schon vor eröffnetem Prozeß Uebergänge der Rechte oder Verbindlichkeiten vorkommen können, so kann auch nach eröffnetem Prozeß der Fall eintreten, daß durch Universal- oder Singularsukzession an die Stelle des Klägers oder des Verklagten andere Personen in dem Prozeß einrücken. Diese Sukzession gibt Veranlassung zu einem Verfahren, welches Reassumtion, reassumtio litis, genannt wird.

Während die Veränderungen, welche blos in der Person des Prozeßstellvertreters (Anwalts) als Repräsentanten der Partei vorgehen (s. § 85 IV.), nicht hierher gehören [1]), bietet zu einer Reassumtion Veranlassung vor Allem der Fall, daß im Laufe des Prozesses die eine oder andere Partei stirbt. Alsdann handelt es sich darum, in welcher Weise die Erben als Universalsukzessoren in den Prozeß einzutreten haben [2]). Indessen gehört hieher auch die Uebernahme des Prozesses Seitens des Konkurskurators an Stelle der in Konkurs gerathenen Partei, die Uebernahme von Seiten eines Singularsukzessors, soweit Singularsukzession durch das Verbot der Veräußerung litigiöser Sachen und Rechte [3]) nicht ausgeschlossen ist [4]), sowie die Uebernahme des Prozesses von Seiten eines Litisdenunziaten, Auktor, oder sonstigen Intervenienten [5]),

---

1) An sich kann man freilich, wenn man will, auch das Einrücken eines neuen Anwaltes Reassumtion nennen, wozu bes. Anreiz vorliegt, wenn Anwaltszwang herrscht. Han. P.O. § 168 Nr. 1—4.

2) S. über das röm. Recht Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II, S. 412.

3) L. 1 § 1 de litig. 44, 6; L. 2. 4 Cod. eod. tit. 8, 37.

4) Wetzell Not. 8—10; Sintenis, Civilr. I. § 33, 14 ffl. Dahin gehört auch der von Wetzell Not. 11 berührte Fall. — Daß übrigens die Unveräußerlichkeit häufig nicht mehr so streng aufrecht erhalten wird, eben weil Sukzession in dem Prozeß möglich ist, s. § 107, 64. Seuffert XVII, 105.

5) S. 76, 28. Dagegen ist die Uebernahme der defensio (mit oder

endlich auch der Wechsel in der Person derjenigen nothwendigen Stellvertreter, welche nicht als blose Repräsentanten, sondern als wirkliche Prozeßpartei betrachtet werden müssen (§ 91).

II. Auf die Gestaltung der Lehre von der sog. Reassumtion hat die Behandlung der Stellvertretung den größten Einfluß.

A. Das R.R. brauchte für den Fall, wo ein Prokurator oder Defensor den Prozeß führte, gar nicht besonders zu sorgen. Da der Stellvertreter dominus litis wurde, so war jede Veränderung in der Person des Mandanten durch Tod oder andere Ereignisse für die einmal mit dem dominus litis begründete Prozeßobligation an sich gleichgültig[6]). Mithin handelte es sich lediglich um die Veränderungen, welche die wirklich im Prozeß stehenden Personen während dessen Verlaufes erfuhren. Am wichtigsten war der Fall des Todes, indem mit der todten Partei weder das judicium eröffnet[7]), noch auch gegen oder für dieselbe wirksam eine Sentenz ertheilt werden konnte[8]). Allein eine ähnliche Lage konnte

---

ohne Mandat), die Wetzell Not. 10 gewährt, dem nicht gleich zu stellen. Das ist nicht Wechsel der Person der Partei, sondern des Repräsentanten. Denn auch der Defensor, so weit er überhaupt möglich, s. § 90, ist nur Repräsentant, nicht dominus litis.

6) Wie denn für den Fall des Todes ausdrücklich anerkannt wird. L. 17 § 1 de procur. 3, 3; L. 23 Cod. h. t. 2, 12; Bethmann-Hollweg, Vers. S. 161. Darin liegt gerade ein großer Vortheil des sog. dominium litis, indem der Gegner sich an den Stellvertreter halten kann. Es ist Sache des letzteren, sich zu hüten, wenn sein Mandat etwa hinwegfällt. — Nur mußte zur Zeit der lit. cont., die der procurator doch immer nur in fremdem Interesse einging, der Mandant noch am Leben sein, sonst ist das judicium nullum; L. 74 § 2 de judic. 5, 1.

7) L. 59 § 3 de jud. 5, 1; nach der vorigen Note nicht einmal durch einen procurator. Stirbt also die Partei vor der Litiskont., so muß der Prozeß von Neuem begonnen werden. Das durch die lit. cont. begründete (Quasikontrakts-) Verhältniß geht dagegen auf die Erben über. L. 8 § 1 de fidejuss. et nom. 27, 7. Wetzell Not. 2; Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II. S. 452.

8) L. 74 § 2 de jud. 5, 1; L. 2 pr. quae sent. sine app. 49, 8. — Man hat das zwar vielfach auf die Sentenzen gegen Verstorbene beschränken wollen; so schon die Gloss. ad L. 59 § 3 de re judic. 5, 1; Wetzell Not. 1, allein dagegen s. Bartol. u. Alex. de Jmol. ad h. l. Maranta P. VI. decisor. jud. act. 1 nr. 107. Rudorff, röm. Rechtsgesch. II. § 75, 16.

auch durch Statusveränderungen, durch Abberufung des Prokurators, durch Disposition über den Streitgegenstand, soweit solche möglich, oder durch Uebernahme des Prozesses von Seiten eines Dritten eintreten. In allen diesen Fällen half man sich in einfachster Weise durch eine translatio judicii, welche zur Zeit des Formularprozesses in einer Umstellung der Formel bestand[9]).

B. Diese Grundsätze wurden zwar im späteren Rechte zunächst beibehalten, allein augenscheinlich erweiterte sich die Möglichkeit einer Veränderung in der Person der Partei beträchtlich, seitdem die moderne Idee der Stellvertretung sich ausbildete. Wo der Stellvertreter bloser Repräsentant ist, müssen nun auch diejenigen Ereignisse in Betracht kommen, welche den Mandanten, als die eigentliche Prozeßpartei, zur ferneren Prozeßführung unfähig machen[10]), oder ihn ausscheiden lassen. Nach den Reichsgesetzen[11]) steht zwar fest, daß der Richter, wenn die Partei erst nach dem Schlusse der Akten stirbt, das Urtheil gegen den Prokurator geben, sowie daß der Prokurator, als vermeintlicher dominus litis[12]), oder vermöge der clausula heredum (§ 87 IV.), oder selbst ohne diese[13]) trotz des Todes seiner Partei weiter prozessiren kann. Allein obwohl zweifellos die Erben eo ipso als solche in den Prozeß einrücken[14]), und obwohl die Fortsetzung des Prozesses durch den Prozeßvertreter insoweit gesichert erscheint,

---

9) Rudorff § 75, von Not. 16 an. Keller, röm. Civilproz. § 68; Wetzell Not. 3. 4; Bethmann-Hollweg a. a. O. — Darüber, wie der Antrag zu stellen, Verhandlung zu pflegen und zu erkennen sei, sagen die Quellen Nichts aus dem guten Grunde, weil sich das im mündlichen Prozeß ohne alle besondere Formalitäten von selbst macht.

10) Bei den Rechtslehrern, von denen die älteren Prozessualisten die ganze Frage kaum berühren, gestaltet sich die Theorie in demselben Maaße verwickelt, als man noch zwischen Repräsentation und dominium litis (s. § 83 II. u. III.) schwankte. Vgl. bes. Maranta l. c. nr. 107—109; Mynsinger I. obs. 85; Gaill. I. obs. 109 nr. 4 sqq. Brunnem. tr. jur. c. 1 nr. 73. und die von Wetzell Not. * angeführen Monographieen.

11) R.O. von 1566 § 88; R. D.A. von 1600 § 73; J.R.A. § 99.

12) Wie ihn die Gesetze noch nennen.

13) S. § 87, 21. In diesem Umfange hat sich daher der röm. Satz, daß mit einer todten Partei nicht prozessirt werden kann, modifizirt, insofern der Prokurator nur Repräsentant ist. — Vgl. dazu Wetzell Nr. 1 a. Schl.

14) Carpzov. pr. j. VI, 4 nr. 1; Mev. dec III, 153; V, 2.

findet doch nach der Praxis selbst in diesen Fällen[15]) Reassumtion statt. Je mehr sich die Repräsentationsidee befestigt hat, desto nothwendiger wird es eben zu wissen, wer als eigentlich in der Sache haftbar hinter dem Repräsentanten steht.

Dasselbe muß von allen andern Fällen gelten, wo ein Wechsel in der Person der eigentlichen Prozeßpartei eintritt[16]), sowie überall noch da, wo sonst ein Zweifel herrscht, gegen wen schließlich das Urtheil zu realisiren sei[17]). Die Reassumtion in diesem Sinne bezweckt die Vereinigung der Frage, wer in Wahrheit den Prozeß führt und für die Exekution haftet[18]). Sie läßt sich der Gegenpartei gegenüber mitunter als Pflicht, eben so gut aber auch als Recht des Einrückens auffassen.

III. Man hat sich ferner bemüht, das Verfahren hinsichtlich des Eintritts von Universal- und Singularsukzessoren in die Stelle der seitherigen Partei dem Verhandlungsprozeß gemäß zu ordnen. Indessen ist die frühere Künstlichkeit und Schwierigkeit in der neueren Praxis und Gesetzgebung größerer Einfachheit gewichen. Ein Inzidentverfahren entsteht über die Reassumtion entweder,

A. indem der Reassument, sei er Erbe oder Singularsukzessor freiwillig erklärt, den Prozeß übernehmen zu wollen. Alsdann muß er den Grund, aus welchem die seitherige Partei ausscheiden soll und aus welchem er in den Prozeß einzutreten beabsichtigt, von ihm[19]) dargelegt werden. Der Gegner ist darüber

---

15) Die von den Theoretikern sonst noch als solche angeführt werden, wo keine Reassumtion nöthig sei. Bayer a. a. O. Nr. 1. 2; Wetzell § 9 a. E. — S. auch Han. P.O. § 169.

16) Mithin auch in den § 91 berührten Fällen eines Wechsels in der nothwendigen Vertretung.

17) Also auch, wenn der Mündel, der hinter dem Vormund steht, volljährig wird, die Korporation oder Gesellschaft, welche den Prozeßführer vertritt, sich auflöst, an die Stelle der Partei deren Konkursmasse tritt u. s. w. Alle Fälle zulässiger Singularsukzession stehen dem gleich und nach dem Grunde der ganzen Reassumtion ist nicht einzusehen, warum ein Unterschied, wie ihn Renaud S. 111 gegen Wetzell S. 35 statuirt, gemacht werden sollte.

18) Daher erklärt sich auch, warum gerade in den Fällen, wo ein Vertreter da ist, am meisten von Reassumtion gesprochen, oft sogar bei dem Namen nur an diese Fälle gedacht wird.

19) Ob in besonderer Eingabe, oder in Verbindung mit einer Prozeßhandlung, ist einerlei.

zu hören und, nöthigenfalls, nach weiterer Verhandlung oder selbst Beweisführung, über die Befugniß des Reassumenten, wenn sie der Gegner bestreitet, zu entscheiden.

B. Oder der Gegner stellt den Antrag, daß der Prozeß gegen eine andere Person, als die seitherige, fortgesetzt werde. So besonders da, wo eine Pflicht zum Eintritt in den Prozeß existirt[20]). Hier muß ebenwohl dargelegt werden, daß und aus welchem Grunde an die Stelle der seitherigen Partei die als reassumtspflichtig bezeichnete Person zu treten hat. Es erfolgt darauf nicht eine blose Aufforderung, sondern Mittheilung des Antrags zur Erklärung unter den gewöhnlichen Rechtsnachtheilen[21]) und sodann nach Bedürfniß weitere Verhandlung und Entscheidung[22]).

C. Außerdem aber ist für den einen Fall, daß die Partei mit Tode abgeht, auch der Anwalt, den sie bestellt hat[23]), kraft disziplinarischer Vorschrift verpflichtet, binnen drei Monaten die Erben zu bezeichnen, also die Anregung zur Reassumtion zu geben. Im Uebrigen ist zu einem Verfahren behufs Vereinigung der Reassumtion von Amtswegen, trotz der in der Praxis nicht selten sich kundgebenden Neigung, kein Grund vorhanden[24]).

---

20) Wie bei den Erben; allein eine Pflicht ist auch in andern Fällen, bei Singularsukzessoren in rem oder bei dem neuen Tutor u. dgl., denkbar. Wo keine Pflicht, hat der Antrag des Gegners nur die Bedeutung einer mit Zwang nicht versehenen Aufforderung.

21) Wenn man will, kann man allerdings das Präzudiz androhen, daß bei contumacia der Prozeß für reassumirt gelten soll. Denn aus dem Eingeständniß des begründeten Antrags (der unbegründete ist a limine abzuweisen) folgt das unmittelbar. — Vgl. Osterloh S. 263; Schmid § 112, 11; Han. P.O. § 171; Bad. P.O. § 301.

22) Vgl. Han. P.O. § 173; D. E. § 213; Preuß. E. § 770. — Man sieht also, es handelt sich unter dem Namen der Reassumtion um die Feststellung der ligitimatio ad causam dessen, der in den schwebenden Prozeß treten will oder soll. In beiden Fällen A u. B ist es ganz gleich, ob ein Anwalt da ist, oder nicht. Auch die Reassumtionsverhandlungen können durch den Anwalt gesichert werden. — Daß Erben während der Deliberationsfrist noch nicht zur Reassumtion zu zwingen sind, L. 22 § 11 Cod. de jure delib. 6, 30, versteht sich von selbst. Wetzell Not. 3. Denn dann sind sie eben noch nicht Erben.

23) J. R.A. § 99.

24) Weil auch das Gericht wissen will, mit wem es eigentlich zu thun hat.

IV. Die Wirkung der Reassumtion besteht darin, daß der Reassument den Prozeß so übernimmt, wie er liegt [25]). Zugleich wird die Aenderung der Sachrubrik verfügt [26]). Der Reassument tritt also an sich auch in die schwebende Frist ein. Indessen wird mitunter [27]) noch angenommen, daß den Erben die Fristen unterbrochen werden, oder neue Fristen zu gewähren sind [28]). Hiervon sollen jedoch nach der Ansicht Mancher Fatalien oder doch das fatale der Appellationsanzeige wieder ausgenommen sein [29]). Indessen weiß die neuere Praxis und Gesetzgebung in der Regel von einer solchen Unterbrechung überhaupt Nichts mehr. Dem Bedürfniß genügt es, daß die Erben gegen den unverschuldeten Ablauf aller Fristen Restitution (ex clausula generali) erwirken können [30]).

---

25) L. 8 § 1 de fidej. et nom. 27, 7.

26) Wetzell S. 818.

27) Von den Theoretikern, s. Wetzell Not. 5; Osterloh Not. 3. Die Praxis hat das vielfach fallen gelassen.

28) Morte peremtorium solvitur; L. 59 § 3 de re jud. 42, 1; zugleich Erinnerung an das Kan. R. und seine wiederholten Fristen, § 119 I, oder weil man, was jetzt keineswegs immer zutrifft (s. oben Not. 21), voraussetzt, daß die Reassumtion besondern Aufenthalt verursacht. — Renaud § 85, 56.

29) Wetzell a. a. O.; nur auf die App.-Einführung bezogen (wegen L. 6 Cod. si pend. app. 7, 66) bei Renaud § 85, 56.

30) Wetzell Not. 6. Dann fällt also jede Besonderheit hinweg; s. § 124. Vgl. auch Bad. P.O. § 1121.

Drittes Buch.

Das Verfahren.

I. Theil.

Das Verfahren im ordentlichen Prozeß.

Abschnitt I.

Allgemeine Grundsätze.

1. Kapitel.

Der Karakter des Prozesses im Ganzen.

§ 94.

I. Bestimmende Momente.

Das Prozeßverfahren entwickelt sich aus der Thätigkeit der beiden Faktoren, Gericht und Parteien. Es ist die Summe der von dem Gericht und den Parteien behufs der Streiterledigung vorgenommenen Handlungen.

Zweck dieser Aktion ist die Auflösung des Streites im Wege gesetzlicher Ordnung. Als Hauptmittel dazu erscheint der Richterspruch. Allein das Verfahren kann und muß zugleich auch die Möglichkeit der Streiterledigung durch eigene Disposition der Parteien anerkennen. Und für den Karakter des Verfahrens wird es sehr wichtig, ob und in welchem Maaße diese doppelte Richtung, auf Erwirkung einer Sentenz des Richters und auf Beförderung einer Selbstordnung der Parteien, welche letztere niemals ganz verwehrt, wohl aber in der Idee des Prozeßzweckes auf den geringsten Spielraum beschränkt werden kann, verfolgt wird.

Insofern nun das Verfahren die Sache zu richterlicher Entscheidung bringen soll, hat es wesentlich die Aufgabe, dem Richter

diejenigen Thatbestände, aus denen das streitige Recht hergeleitet wird, vorzuführen und nöthigenfalls zu bewahrheiten. Damit verbindet sich, obwohl für die Parteien nur eine Nebenaufgabe (§ 100, I), die rechtliche Darlegung der aus dem Thatbestande zu ziehenden Rechtskonsequenzen.

Zur Erfüllung dieser Aufgabe aber kann eine sehr verschiedene Methode angewandt werden. Zunächst kann die Form so verschieden sein, daß äußerlich kaum noch eine Aehnlichkeit übrig bleibt. Das Verfahren geht mündlich oder schriftlich, öffentlich oder heimlich, in gemeinsamen oder getrennten Parteihandlungen vor sich.

Eine ungleich bedeutendere, innere Verschiedenheit liegt jedoch darin, wie sich die Berechtigung und Thätigkeit einerseits der Parteien und andererseits des Gerichts vertheilt. Beide handeln, müssen handeln. Das ist gewiß. Allein, wie sie handeln und wie sie einander gegenüber gestellt sind, ob die Richterautorität, oder die Selbstständigkeit der Parteien das Grundelement bildet, ob eine Kombination, und welche, beider Elemente versucht wird, gibt der Prozedur hauptsächlich ihren Karakter. Handelt es sich sonach um den Gegensatz des Selbstbestimmungsrechtes der Parteien und der Autoritätsbefugniß des Gerichtes, so ist klar, daß, wie die Einrichtung des Gerichtswesens (§ 20), so auch die Art des Verfahrens innigst mit den Rechtsanschauungen, den sozialen und politischen Kulturzuständen der verschiedenen Perioden verwachsen sein muß.

Aus den Prinzipien und Konsequenzen, welche daraus für das reguläre Verfahren erwachsen, ergibt sich zugleich der Begriff und das Bedürfniß davon abweichender Prozeßarten (§ 260 ffl.).

§ 95.

II. Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung.

Geht man, um den Karakter des Prozeßverfahrens[1]) in seinem historischen Verlaufe zu erkennen, zunächst

---

1) Da der Zusammenhang mit den Zuständen des Gerichtswesens auf der Hand liegt, so ist hier stets an das, was in § 18. 19. bemerkt wurde, zu erinnern.

I. auf das röm. Recht zurück, so ist, wie auch bei andern Völkern, ursprünglich die unbeschränkte Selbstständigkeit der Einzelperson des freien Mannes der Ausgangspunkt aller Rechtsbildung. Nur erst allmählig mit fortschreitender Kultur und mit der Ausbildung eines festeren Staatswesens tritt der Gedanke der Unterwerfung des Einzelnen unter das Ganze hervor[2]). Aber auch, nachdem sich bereits bestimmtere Rechtsgestaltungen entwickelt hatten, blieb das Prinzip des individuellen Rechts durchweg die Grundlage der gerichtlichen Prozedur. Dies gilt vor Allem

A. von der Periode der legis actiones[3]). Mit Recht werden die Legisaktionen als „organisirte Selbsthülfe" bezeichnet. Die Parteien finden in einem Verfahren, welches sich innig an den religiösen Kultus und priesterliches Schiedsrichterthum anschließt[4]), die Ordnung ihrer Rechtsverhältnisse aus eigener Machtvollkommenheit, unter den Formen vertragsmäßiger Akte, welche daher ebenso gut auf streitige, wie auf unstreitige Rechtsverhältnisse passen[5]). Sie selber bringen, was später der Magistrat thut, durch Wahl einer der gesetzlich zur Verfügung gestellten legis actiones das Streitverhältniß in prozessualische Form. Sie finden das Ende desselben entweder geradezu durch Ausgleichung unter sich[6]), oder zwar durch Richterspruch, der aber, indem der Rechtsprechende keineswegs eine Zwangsmacht über die Parteien, sondern nur die Gesetzesausführung[7]) nach

---

2) Ich verweise hier durchaus auf die Karakteristik, welche Ihering, Geist des röm. R. 2. Aufl. I. § 10 ffl. liefert, ungeachtet der Bemängelungen Bethmann-Hollweg's röm. Civ.-Proz. I. S. 28. 90, dessen Darstellung in § 15, getragen von Antipathie gegen einen so absolut demokratischen und nach heutigen Begriffen rohen Zustand, das von dem ersteren entworfene Bild nicht verdrängen kann.

5) S. darüber, außer der umfassenden Schilderung bei Bethmann-Hollweg a. a. O. I; Keller, röm. Civ.-Proz. § 12—22; Puchta, Kurs. II, § 161—162. — Ein Bild des Rechtszustandes der ält. Zeit s. auch bei Mommsen, röm. Gesch. I, c. 11; vgl. auch über den Legisakt.-Proz. z. Zeit Cicero's Bekker in der Z. f. R.G. V S. 341.

4) S. auch Rudorff, R. R.G. I S. 102; II S. 76,

5) Ihering a. a. O. S. 123.

6) Ihering, das. S. 167.

7) Rudorff II, S. 18 Not. 36.

deren eigenem Willen ausübt, nicht minder als Produkt der Parteienthätigkeit erscheint.

Diese Grundzüge gelangen zu ihrer vollen Entfaltung

B. in dem ordo judiciorum, dem Prozeßverfahren, welches bei zunehmender Macht des Gemeinwesens, höherer Kultur der Rechtseinrichtungen und vermehrten Bedürfnissen des Verkehrs an die Stelle der ungelenken, ursprünglich nur auf die römische Bürgerschaft beschränkten legis actiones trat[8]). Zwar verschwand die äußere Form der Selbsthülfe, um der Idee einer magistratlichen Leitung der Rechtspflege Platz zu machen; aber dabei behielt gleichwohl das Verfahren einen echt privatrechtlichen, d. h. überall auf Selbstthätigkeit und Selbstverantwortung der Parteien berechneten Karakter[9]). In dem Abschnitt in jure hat der Magistrat nur die Stelle eines Beiraths der Parteien. Er hilft ihnen entweder die Streiterledigung ohne Urtheil finden, oder faßt, wenn sie streiten und richterlich entschieden haben wollen, den Stoff in die rechtliche Gestalt der formula. Die Parteien bewegen sich frei in vertragsmäßigen Handlungen. Zwangsleitung ist völlig fremd. Dazu hat der Prätor, bis auf die selbstverständliche Handhabung der äußeren Ordnung des Gerichts, weder Anlaß, noch Befugniß.

Muß durch Urtheil entschieden werden, was nur da möglich, wo Streit um die thatsächliche Wahrheit, — denn um den Rechtssatz kann nicht gestritten werden, — so ist das Aufgabe des judex privatus datus et acceptus a partibus (s. § 18 II, B.). Ihm haben die Parteien den vollen Thatbestand darzulegen und nöthigenfalls zu bewahrheiten; Alles in freier mündlicher Aktion. Hier ist nach dem Wesen echter Mündlichkeit kein Gegensatz, sondern Zusammenwirken der Parteien und des Richters. Und wenn natürlich vorausgesetzt werden muß, daß die Parteien schon um ihres eigenen Interesses willen möglichst vollständig den ihnen dienlichen

---

8) In welcher Weise (Lex Aebutia u. leges Juliae judiciariae) s. Rudorff I § 39. 44; Bethmann-Hollweg II S. 5; vgl. auch Mommsen II c. 8.

9) Ueber diesen Abschnitt s. Puchta, Kurs. II § 163—171; Keller, röm. Civ.-Proz. § 28 ffl.; Rudorff II § 27 ffl.; Bethmann-Hollweg II, bes. § 84. 108.

Stoff herbeitragen, so ist es doch ebenso gewiß, daß auch dem Richter die volle Freiheit in dem Eruiren und Sammeln des Stoffs zukommt, ohne welche eine auf materielle Wahrheit gerichtete Entscheidung nicht zu erzielen ist.

Auch in diesem Abschnitt zeigt sich von einer Unterwerfung der Parteien unter die Zwangsleitung des Gerichts keine Spur. Die Sentenz hat ihr Fundament in der gewollten Unterwerfung der Parteien unter den Richterspruch Ihresgleichen. Rechtsmittel und Exekution bewähren durchweg den streng privatrechtlichen, bürgerlichen oder, wenn man will, demokratischen, nämlich auf Selbstbestimmung der Privaten beruhenden Karakter [11]).

C. Nach Untergang dse ordo judiciorum mußte, wenn auch dem Namen nach die Prozeßinstitute dieselben blieben, die Stellung des Beamtenrichterthums, welches, auf eine höhere Autorität gestützt, den Parteien herrschend entgegentrat, nothwendig zu bedeutenden Wandlungen führen [12]). Der kaiserliche Beamte ist nicht mehr Berather der Parteien und Ihresgleichenrichter. Er untersucht, leitet und entscheidet im Namen des Kaisers. Die Parteien werden dadurch in eine passive Lage versetzt, ja allmählig, anstatt im Verein mit der richterlichen Gewalt zu dem Ziele des Prozesses mitzuwirken, in ihren Handlungen lediglich Objekt der richterlichen Kognition und Gesetzesanwendung. Mithin wird die Erledigung durch Selbsthülfe, die Eigenthätigkeit der Parteien, welche sich in vertragsartigen Akten äußert, herabgedrückt. Die Sentenz erscheint lediglich als Produkt der Richtergewalt. Der Richter dirigirt den Prozeß, schreibt vor, was die Parteien thun oder lassen sollen.

Zugleich wird der Richter, wie stets geschieht, wo eine herrschende Autorität Beherrschten entgegentritt, vielfach in eine Rolle gedrängt, welche ihn den Parteien als friedliches Element gegenüberstellt. Während er einerseits die freie Bewegung der letztern, die in solcher Stimmung leicht als gefährliche Willkühr

---

11) Die Belege für diese kurze Karakteristik, die aus Endemann, Beweislehre § 3 ffl. u. Prinzip der Rechtskr. § 1. 2 ergänzt werden kann, werden unten bei den einzelnen Materien zu finden sein.

12) Puchta, Kurs. II § 182 ffl.; Wieding, der Justinianeische Libellprozeß, 1865 und zur allg. Karakteristik bes. Bethmann-Hollweg III 129.

erscheint, fest in den Bahnen der gesetzlichen Ordnung halten soll, eine Aufgabe, welche immer tiefer in ein Spezialisiren der Prozeßordnung hineinführt, muß andererseits ebenso leicht die Furcht vor Mißbrauch der gesteigerten richterlichen Gewalt deren Bindung durch allerlei Regulative und Instruktionsbestimmungen diktiren. Je stärker die bureaukratische Gewalt des Gerichtes den Parteien gegenüber sich ausprägt, wie dies namentlich die Umwandlung der Exekution bestätigt, desto mehr erscheint es geboten, den Richter seinerseits, wie die Gestaltung der Rechtsmittel und des Instanzenzugs zeigt, in hierarchischer Gliederung der Kontrole höherer Gerichtsstufen zu unterwerfen und so dafür zu sorgen, daß alle jene für Prozeßleitung und Entscheidung gegebenen Normen aufrecht erhalten werden. Die Parteien zur Aufrechthaltung der gesetzlichen Regel dem Richter, den Richter aber seinem Vorgesetzten unterwerfen, das ist der Grundzug jener Epoche. In ihm ist die Hinneigung zu bindenden Prozeßvorschriften jeder Art, insonderheit auch zu Beweisregeln, sowie zu der schriftlichen Form des Prozesses gegeben.

II. Das kanonistisch-romanistische Prozeßverfahren suchte die Freiheit der Aktion vollends der abstrakten Regel zu unterwerfen[13]). Keineswegs wurde etwa dem Richter eine übermäßige Autorität eingeräumt. Der Bureaukratismus der altrömischen Kaiserdespotie ist hier dem Richteramt, wenn es gleich aus einer höheren Autorität hervorgeht (§ 19, 11), fremd. Im Gegentheil hielt man äußerlich die Idee vorwiegender Parteienberechtigung aufrecht und bildete sie zur förmlichen Verhandlungsmaxime heran (§ 99). Wohl aber machte man ebensowohl die Parteien-, wie die Richterthätigkeit von innen heraus unfrei. Der Autoritätsglaube und die Scholastik mißtrauen Allem, was freies Wissen und Thun heißt.

---

13) An einer irgendwie genügenden Gesammtdarstellung des kanon. Prozesses fehlt es noch; vgl. § 6, 6. Eine allgemeine Karakteristik s. bei Endemann, Beweislehre § 7. — Die Bestätigung dessen, was hier über den Geist desselben zu sagen ist, wird sich im Folgenden bei den einzelnen Punkten zur Genüge ergeben. Dieser kanonistische Geist ist überall derselbe; darum darf zur Vergleichung für das Schicksal der Prozeßlehre auch auf die Ansichten hingewiesen werden, welche ganz in demselben Sinne das Verkehrsleben und das Verkehrsrecht beeinflußten.

Sicherheit, Ausschließung der schädlichen Willkühr gibt es nur in der festen Regel, welche entweder auf dem positiven Buchstaben des Gesetzes oder auf der kanonisch inspirirten und gebilligten Doktrin ruht. Bei solcher Stimmung," wo alle Rechtssätze Resultat nicht freier Erkenntniß der in Gesetz oder Gewohnheit lebendigen Idee, sondern einer regelrecht-abstrakten, d. i. schematistischen Auslegung sind, muß sich für das Prozeßverfahren, indem immer genauer, um die vermeintliche Willkühr des konkreten Ermessens wo möglich ganz auszutreiben, dem Richter und den Parteien vorgeschrieben wird, wie sie handeln sollen, Form auf Form, Regel auf Regel häufen[13 a]). Zur Sicherung der einen Form, neben der noch ein Rest von Ermessensfreiheit bleibt, dient nur eine neue Form, welche die letztere noch mehr einengt.

Daraus erklärt sich sowohl die allmählige Entstehung und Ausbildung der Heimlichkeit, sowie der Schriftlichkeit des Prozesses (§ 96. 97), als auch das gesammte innere Wesen des Prozesses, wonach immer genauer vorgeschrieben wird, was an jedem einzelnen Punkte des Verfahrens zu thun ist und unter welchen bestimmten legalen Erfordernissen. Die Erfüllung der letztern aufrecht zu erhalten, ist Aufgabe des Richters, dessen fortwährende Kognition über die Legalität aller Parteihandlungen mithin um so ausgedehnter und wichtiger wird, je mehr sich die formellen Voraussetzungen derselben häufen. Umgekehrt aber steht seinerseits auch der Richter, um jede Willkühr auszuschließen, unter immer spezieller werdenden Rechtsregeln und Formbestimmungen, welche, indem sie ihn nöthigen, sich darnach zu verhalten, den Parteien ein, namentlich in den Rechtsmitteln sich ausprägendes, Recht auf die Legalität der Richterhandlungen geben. Ebendeshalb ist von nun an der Richter jeder eigenen Aktion in der Bildung des Prozeßstoffs (§ 136), sowie jeder freien Erkenntniß der materiellen Wahrheit beraubt, vielmehr absolut an das Vorbringen der Parteien und in der Kognition an äußerliche juridisch-scholastische Erkenntnißregeln gebunden (s. § 181, III).

---

13 a) Das lehrt gerade das Beweisrecht, in dem zu allererst konkrete Erkenntniß herrschen sollte. Man vgl. nur die Ausläufer der schemat. Richtung, die zuletzt Alles speziell reguliren will, selbst wie **Menoch.** de arbitr. jud. zeigt, das **arbitrium** judicis.

Der Mechanismus des Prozesses ruht sonach auf dem instinktiv ergriffenen, aber deutlich erkennbaren Prinzip, durch die legale Form und die abstrakte Regel die Parteien unter der steten Kontrole des Gerichts, zugleich aber auch den Richter unter der Kontrole der Parteien zu halten.

Herrscht solchergestalt die legale Form und die abstrakte Regel, so muß der Streit immer mehr sich eben nur um diese drehen und folglich immer weiter von dem Wesen der Sache selbst sich entfernen. Künstlichkeit, Weitläufigkeit, Entfernung von dem materiellen Recht und der materiellen Wahrheit sind nur Bezeichnungen desselben Zustandes. Das Resultat einer so gearteten Prozedur kann nur ein formelles sein. Die äußerliche Uebereinstimmung mit dem bestehenden formellen Recht ist Alles, was davon erwartet und was überhaupt erzielt werden kann [14]).

III. Der deutsche Prozeß, und zwar

A. der älteren Zeit [15]), beruhte ganz und gar auf der Thätigkeit der Parteien. Das Gericht, in dem sich die Parteien nur der Genossenschaft unterwerfen (§ 19 z. A.), gewährt nur Zeit und Ort für die Vornahme der von den Parteien ausgehenden Handlungen. Ursprünglich untersucht und kognoszirt nicht einmal eigentlich das Gericht. Es findet oder weist das Recht aus sich selbst. Es ist eigentlich nur Zeuge der Parteienthätigkeit.

Von diesem Karakter reiner Selbsthülfe aus, welche schließlich die Entscheidung auf Gottesurtheil oder Eid stellte [16]) und dem selbstverständlich die mündlich-öffentliche Form geboten war, strebte allerdings die steigende Kultur einem Verfahren zu, welches eine wirkliche Prüfung von Seiten des Gerichtes involvirte und dadurch die eben bezeichneten rohen Mittel der Selbsthülfeentscheidung ersetzte. Der Ansatz dazu lag in der von dem Gericht

---

14) Auf dem Bewußtsein des Widerspruchs ihres jus positivum gegen das jus naturale s. divinum beruht zum großen Theil der von den Kanonisten durchgeführte Gegensatz eines forum externum und internum, vor welchem letzteren vieles ganz anderen Rechtens ist, als vor dem ersteren.

15) S. darüber die § 7, 7 und in § 19 angeführten Schriften; zur Karakteristik auch Endemann, Beweislehre § 9.

16) Der religiöse Karakter des Gerichtsverfahrens zeigt sich hier, wie bei den Römern; s. Not. 4.

zu beantwortenden Frage, welche Partei das nähere Anrecht auf den Eid habe. Wenn allmählig zu diesem Behufe eine wirkliche Kognition des Gerichts über die Lage der Parteien geübt wurde, lag es nahe genug, jene Kognition nicht mehr blos auf die spezielle oder Vorfrage der Eidesnähe, sondern auf die Sache selbst zu richten.

Die Tendenz der germanischen Rechtsentwicklung zielte entschieden nach Aufstellung allgemeingültiger Rechtssätze anstatt der früheren konkreten Rechtsfindung, was nicht ausschloß, daß im einzelnen Prozesse die konkrete Erkenntniß des konkreten Thatbestandes, welcher beurtheilt werden sollte, in seiner wirklichen Gestalt gesucht wurde. Nach wie vor blieb der Schwerpunkt der Aktion den Parteien, ohne indessen bei fortwährender Mündlichkeit Richter und Schöffen, welche gleichsam jus und judicium des römischen ordo judiciorum in gleichzeitiger Vereinigung darstellen, zu bloser Passivität zu verurtheilen.

B. Die angebahnte Entwicklung nahm indessen durch die geschichtliche Gestaltung der politischen und Kulturzustände eine andere Wendung. An den Untergang der bürgerlichen Freiheit, welcher mit der Blüthe des Feudalismus zusammenfällt, knüpfte sich zuletzt der Verlust des nationalen Rechts und des nationalen Rechtsverfahrens. Die Rezeption des romanisch-kanonischen Rechts ist nicht nur ein Zeugniß für die aus ihrem tiefen Verfall entspringende Unfähigkeit der Nation zu eigener Rechtserzeugung, sondern zugleich positiv die Unterwerfung des deutschen Geistes unter die Scholastik[17]). Der Sieg der letzteren war ein vollständiger, auch wenn äußerlich deutsche Institute und deutsche Prozeßformen bestehen blieben. Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, freie Bewegung der Parteien, wie des Richters, wurden erst, wenn sie noch fortbestanden, zum leeren Schein und gingen dann geradezu verloren. An die Stelle der früher allgemein verstandenen einfachen Prozedur trat die künstliche Wissenschaft und Uebung der romanisch-kanonistischen Schule. Nichts ist erklärlicher als der Haß, welcher das dem Volksbewußtsein entfremdete Juristenthum, namentlich den völlig unverständlichen, langwierig künstlichen, das

---

17) Vgl. § 7, 9. — Ueber das Vorrücken des fremden Rechts in Frankreich s. Schäffner III, S. 475 ffl.

materielle Recht auch nicht im Geringsten mehr garantirenden Prozeß traf.

Solchen Zuständen, an denen die Reformation bei allen Klagen wenig änderte [18]), stand nur noch die Umwandlung bevor, daß durch die Ausbildung des Beamtenwesens (§ 19, IV), welche mit dem Erforderniß spezifischer Rechtskenntniß zusammenhängt, in den zur Souverainität aufstrebenden Territorien zu dem kanonischen Wesen sich der bureaukratische Karakter gesellte. Ungeachtet der Form der Verhandlungsmaxime wurde es immer mehr der Richter, welcher den Prozeß leitet und Alles macht [18 a]); ein Gedanke, der seine Spitze in jenen Prozeßordnungen Friedrich's II. und Josef's II. fand [19]), welche in dem an sich berechtigten Widerwillen gegen den trostlosen Formalismus der Verhandlungsmaxime die Inquisitionsmaxime, d. h. die absolute Herrschaft des Richters unter voller Passivität der Parteien, in dem Civilprozeß zu gründen suchten.

Die Unzufriedenheit der Nation, so vielfach sie sich äußern mochte, führte bis gegen Ende des vorigen Jahrhunderts doch nur zu Verbesserungen, welche blos als äußere, gerichtet insbesondere auf Abkürzung, bezeichnet werden dürfen. Erst in der Neuzeit hat ein ernsterer, allmählig sich den Grundprinzipien nähernder, Kampf begonnen.

Nachdem man das französische Prozeßwesen, welches im strikten Gegensatz zur Inquisitionsmaxime den Richter nur zum

18) Die Reformation in ihrer einseitig ergriffenen und bewahrten Richtung auf das religiöse Dogma bekämpfte den kanonisch-scholastischen Geist, der eigentlich ihr Widersacher war und ist, ebensowenig direkt in der Jurisprudenz, wie in der Wirthschaftslehre. — Es ist bekannt, daß selbst die antischolastischen Bestrebungen Einzelner erst in späteren Zeiten genügend gewürdigt worden sind. Was vollends die Prozessualisten anlangt, so ergibt die Literatur leicht, daß auch die protestantische Jurisprudenz trotz der häufigen Anschuldigungen sich in ihrer romanistischen Doktrin nicht irre machen ließ. — Daß immerhin seit dem 16. Jahrh. mancherlei Reformen gemacht wurden, denn die geschichtliche Entwicklung steht nicht still, ist richtig. Indessen bieten die partik. wie die Reichsprozeßordnungen doch nur kärgliche Fortschritte, und zwar auf dem alleräußerlichsten Wege. Vgl. Stobbe, Gesch. der d. Rechtsquell. I, S. 258. 292; Renaud S. 6.

18a) Man vgl. z. B. Carpzov. pr. j. tit. II, prooem.

19) Eichhorn, deutsche Rechtsgesch. IV S. 788.

Urtheiler macht, mithin die vollendetste Verhandlungsmaxime repräsentirt, kennen gelernt (§ 10 z. A.) und in einzelnen Theilen Deutschlands beibehalten, übte sich der Trieb der Reform zunächst an Abkürzung und Vereinfachung des Prozesses und hat auf diese Weise viele Partikularrechte äußerlich sehr erheblich umgestaltet.

Allein das genügt nicht mehr. Ueberall wird Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gefordert, mit deren Wiedererlangung unser Civilprozeß ungefähr auf den Standpunkt der römischen Kaiserzeit zurückkehrt, wenn nicht von dieser immerhin bedeutenden Umgestaltung der äußeren Form der Prozedur zugleich die bewegenden Grundprinzipien ergriffen werden. Auch auf dem Gebiete des Civilprozesses zeigt sich das Widerstreben gegen den Bureaukratismus, jenes System einer absoluten Beamtenautorität, welches den Rechts- und Gerichtseinrichtungen keineswegs fremd geblieben ist. Aus diesem Grunde gilt die Verhandlungsmaxime, ohne daß man ihre sonstigen Folgen bedenkt, für ein Palladium des Prozesses[20]).

Was jedoch noch entschiedener bekämpft werden muß, soll anders eine Regeneration des Prozesses, wie des materiellen Rechts zur Wahrheit werden, ist der kanonistisch-scholastische Geist, der alles Heil nur in der formal-abstrakten Regel sucht und, mißtrauisch nach beiden Seiten, Richter und Parteien wider einander benutzt, um beide desto gewisser in Unfreiheit zu erhalten[21]).

---

20) Dabei sollte man freilich dem französ. Prozeß ablernen, daß trotz der Verhandlungsmaxime und trotz der Einengung der Richtergewalt der Prozeß doch sehr gut zu absolutistischen Staatseinrichtungen passen kann.

21) Darin liegt, wie ich mannigfach ausgesprochen habe, der Kernpunkt der Reform; s. z. B. Verhandlungen des Juristentags III, S. 528; Archiv f. civ. Prax. Bd. 49 S. 11 ffl., u. meine Schrift „die Beweislehre des Civilprozesses" hat den ausgesprochenen Zweck, die Folgen der Scholastik auf diesem speziellen, aber auch wichtigsten Gebiet darzulegen, zu bekämpfen und darauf hinzuweisen, daß allein der Zustand ein glücklicher ist, der jedem der thätigen Faktoren, Richter und Partei, ohne Aengstlichkeit und Mißtrauen das Seine, nämlich freieste Bewegung, gewährt. — Gewiß muß das bureaukratische Wesen, das viel tiefer in den Einrichtungen der Rechtspflege steckt, als Viele, die Bureaukratie nur in der Administration suchend, wähnen, bekämpft werden. Aber der schlimmere Feind ist auch hier der Geist, der nicht blos durch äußere Autorität, sondern innerlich durch Fesselung des Geistes unfrei macht.

An ihn legt die bis jetzt mit Entschiedenheit freilich nur für besondere Zweige der Rechtspflege, wie für die Schöffen- und Handelsgerichte, und für diese nur theilweise, erstrebte Wiederherstellung des Volksrichterthums unmittelbar Hand an. Allein die bewußte Befreiung von einem wesenlosen, die Erkenntniß der Zustände und Ideen in ihrer Wirklichkeit verhindernden Schematismus zu vollziehen, die wichtigste Vorbedingung glücklicher Reformen, fällt als Hauptaufgabe der Wissenschaft zu.

IV. Da die Reformbestrebungen in den einzelnen deutschen Ländern mit sehr verschiedener Absicht und sehr verschiedenem Erfolg aufgetreten sind, so läßt sich der Standpunkt des gemeinen Prozeßrechts kaum noch definiren.

Was die Form betrifft, so unterstellt die Doktrin, wiewohl mehrere Staaten bereits Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, sei es in vollem Maaße, sei es in beschränkter Weise, eingeführt haben, oder sich dazu anschicken, noch immer, daß der gemeine Prozeß schriftlich-heimlich, höchstens mit einer anschließenden mündlichen Verhandlung, beschaffen sei.

Gewiß ist, daß der scholastisch-kanonistische Geist, der die abstrakte Form über die konkrete Wirklichkeit setzt, selbst bei Mündlichkeit noch vorherrschend ist, wenn auch unverkennbar eine Menge von Formalismen abgestumpft und beseitigt, sowie im Vergleiche gegen früher vielfache Abkürzungen und Vereinfachungen erreicht worden sind.

Was aber das Verhältniß der Parteien zu dem Gericht betrifft, so ist, abgesehen von dem unbestreitbaren und unentbehrlichen Dispositionsrecht der Parteien über den Gegenstand des Civilprozeßstreites (§ 102) noch immer leitender Gedanke des gemeinen Prozeßrechts, daß die Parteien allein den Stoff des Prozesses zu liefern, die Gerichte mithin nur über dasjenige zu erkennen haben, was die Parteien, und wie sie es vorbringen. Nur als Ausnahme, die sich freilich nach den heutigen Begriffen gar nicht mehr umgehen läßt, wird dem Richter, den im Uebrigen die Verhandlungsmaxime zum passiven Zuschauer macht, eine eigene Thätigkeit und Einwirkung auf die Bildung des Prozeßinhalts. Dabei aber herrscht zugleich die Idee der richterlichen, beamtenmäßigen Autorität, welche den Prozeß regiert und kraft der ihr verliehenen Gewalt über den Parteien stehend die Entscheidung ertheilt.

Von diesen Gesichtspunkten aus sind daher im Folgenden die sogenannten Hauptmaximen zu betrachten.

II. Die Hauptmaxime des heutigen Verfahrens.

A. in Bezug auf die Form.

§ 96.

1. Die Schriftlichkeit.

Martin § 18; Linde § 145; Heffter § 192; Schmid § 85; Bayer § 12 D; Osterloh § 30; Wetzell § 67 z. A.; Renaud § 80.

Der wichtigste Gegensatz der Form für den Civilprozeß, weil diese Form zugleich das innere Wesen berührt, ist der von Mündlichkeit und Schriftlichkeit.

1. Während im älteren röm. Prozeß, der außer der Formel nichts Geschriebenes kannte, absolute Mündlichkeit herrschte und auch erhalten blieb, wenn auch Aufzeichnungen im Interesse des Gerichts oder der Parteien durch tabelliones oder scribae (s. § 36) üblich waren[1]), erweiterte sich in der späteren Kaiserzeit bereits die Schriftlichkeit zu einer ausgedehnten Schreiberei. Allmählig wurde der schriftliche Klag- und Appellationslibell nicht nur gebräuchlich, sondern sogar anbefohlen[2]), obwohl die Verhandlung selbst noch die mündlich-terminliche Form bewahrte. Die Protokolle wurden die Grundlage der Kognition[3]).

Ganz ähnlich verhielt sich der kanonische Prozeß. Daß er nach vorausgegangener allgemeiner Ladung einen schriftlichen Klaglibell[4]) voraussetzte, auch für einzelne andere Handlungen schriftliche Form forderte, machte ihn noch so wenig zum schriftlichen, wie das Vorkommniß schriftlicher Bescheide und Dekrete.

---

1) Bethmann-Hollweg II. S. 192 ffl. 587 Not. 11.

2) Bethmann-Hollweg, Hdb. § 22; Wieding, der just. Libellprozeß § 14. 15; Wetzell Not. 15 ffl.

3) Bethmann-Hollweg III. S. 197; daher acta conficere als Bezeichnung der gerichtl. Verhandlung; L. 2 Cod. defens. 1, 55.

4) c. 1—3 X. de lib. obsc. 2, 3; Wetzell Not. 18. — Ueber die ersten leisen Uebergänge zur Schriftlichkeit s. Riccard. Angl. (ed. Witte) p. 1 v. 10, p. 2; Bulgar. § 9; Damas. tit. 2. — Ueber die Entwicklung der schriftl. Klage insbes. s. § 164, der schriftl. Appellation § 236. 237.

Auch noch nicht einmal dadurch, daß bei der immer größeren Ausdehnung des Prozesses immer unabweislicher das Bedürfniß schriftlicher Aufzeichnung auch der Terminsverhandlungen hervortrat [5]). Schriftlich im wahren Sinn erschien er erst dann, als die Schrift, wie es bei dem Zustande und Geiste des Verfahrens nicht anders sein konnte, immer mehr die alleinige Grundlage der Kognition wurde. Jede terminliche Handlung, wenn auch von den Parteien noch mündlich vorgetragen, bedurfte der genauen, an sehr bestimmte Formerfordernisse gebundenen Fixirung [6]). Bei der künstlichen und weitläufigen Gestaltung der Prozedur, welche die Kognition leicht weit hinausschob, war darin die allein zuverlässige Basis des Urtheils enthalten. Auf den Eindruck des aus mündlicher Darstellung Gehörten ein Urtheil zu gründen, daran konnte nicht mehr gedacht werden. Anstatt der Gerichtsverhandlung selbst bildete somit die Niederschrift derselben den eigentlichen Inhalt des Prozesses und das Objekt der Kognition [7]). Hatte aber einmal die Niederschrift über die Gerichtsverhandlung diese Bedeutung, so lag es schon damals nahe, die Mühe der Schriftabfassung im Gerichte bei manchen Parteienakten zu ersparen und die Einreichung in schriftlicher Form von den Parteien zu erwarten. Daß den legalen Erfordernissen der Schriftabfassung genügt wurde, dafür sorgte eine Fülle gerade darum nothwendig gewordener Formvorschriften, und ließ sich um so mehr zutrauen, als der ganze Zuschnitt des Prozesses die Streittheile an den Beistand Rechtsverständiger verweis [8]).

Derselbe Gebrauch der Schrift fand auch in Deutschland, wo ursprünglich der Prozeß rein mündlich gewesen war [9]), erst in

---

5) c. 9 C. 2 qu. 1; c. 11 X. de prob. 2, 19; Wetzell Not. 7 flg. Durch die nothwendige Schriftlichkeit wurden die proz. Akte zu Literalakten. Die Rechtfertigung dafür fand man auch in röm. Stellen. Endemann, Beweislehre S. 374 Not. 4. 5.

6) Die Nachweise bietet Durant. spec. an allen Stellen; dort finden sich ja zahlreiche Formulare, wie der tabellio Alles aufzeichnen soll. So auch bei Panorm. proc. jud. (Wetzell Not. 10).

7) Auch im Beweisverfahren; s. Endemann, Beweislehre § 13.

8) Beispiele, bes. Positionen u. Artikel, s. Wetzell Not. 9. Solche Advokatenformulare bietet außer Durant. bes. Grat. ord. jud. dar.

9) Maurer § 24. 25.

den geistlichen, dann in den weltlichen Gerichten Eingang[10]). Die scheinbare Mündlichkeit, welche in der terminlichen Gestalt der Gerichtsverhandlungen liegt, blieb zwar vorläufig bestehen[11]); allein nach Aufnahme des romanischen Rechtes konnte so gewiß auch hier nur die fixirte Aufzeichnung eine geeignete Grundlage der Sentenz darbieten, daß man schrittweise, zugleich im Zusammenhange mit der Ausbildung der Verhandlungsmaxime[12]), der reinen Schriftlichkeit entgegenging. War die Schrift einmal nothwendiges Element[13]), so handelte es sich nur noch um die zweckmäßige Art der Ausführung. Anstatt die Parteien, oder deren rechtsgelehrte Vertreter mündlich frei vortragen, oder, wie zunächst als Erleichterung der Gerichtsschreiberei üblich wurde, ihre Konzepte zu Protokoll vorlesen zu lassen, gestattete man die ungleich bequemere Einreichung eines sog. recessus scriptus loco oralis, eines schriftlichen Rezesses, der das als Aufzeichnung der Partei enthielt, was sonst erst das Gericht hätte aufzeichnen müssen[14]). Von da aus lag es nahe, selbst die terminliche Form aufzugeben und geradezu schriftliche, in Fristen einzureichende Eingaben vorzuschreiben; wie dies denn vielfach durch neuere Prozeßgesetze angeordnet worden ist.

II. Die Schriftlichkeit besteht deshalb nicht, wie noch immer Manche irrig glauben, darin, daß überhaupt in dem Prozesse geschrieben wird, denn auch in dem echt mündlichen Prozesse kommen mancherlei schriftliche Aufzeichnungen vor; noch auch nur darin,

---

10) Walter, deutsche R.G. § 657; über die ähnlichen Schicksale des älteren französ. Prozesses s. Schäffner I. S. 367; III. S. 493 ffl., die indessen dort niemals zu gänzlicher Schriftlichkeit führten, das. III. S. 521.

11) Wetzell Not. 8. — S. auch K.G.O. 1521 XIV. § 3; K.G.O. 1555 I. 23 § 6; I. 18 § 5.

12) Es ist klar, daß die volle Verhandlungsmaxime (quod non actis non in mundo) nur bestehen kann, wo die Schrift Grundlage; s. § 99.

13) In den Prozeßbüchern des 16—19. Jahrhunderts findet sich nirgends mehr auch nur die Möglichkeit einer andern Verhandlungsform erwähnt. — Als Beleg dient auch für diese Periode das Schicksal des Klaglibells, bes. aber der Appellationslibell, da das Verfahren in höherer Instanz stets die meiste Neigung zur Schriftlichkeit gezeigt hat; vgl. Not. 4.

14) Wetzell Not. 10 ffl. gibt zahlreiche Belege aus den Reichsgesetzen. Vgl. auch Martin, Vorl. I S. 564; Renaud Not. 6.

wie viel geschrieben wird [15]); sondern vielmehr darin, in welchem Sinne die schriftliche Aufzeichnung behandelt wird. Schriftlich ist der Prozeß dann, wenn das geschriebene Wort der Parteivorträge und der Gerichtsniederschriften, also die Akten, zur alleinigen Grundlage der Beurtheilung gemacht werden. Hier liefert das Vorbringen in seiner abgeschlossen schriftlichen Gestalt den Stoff der richterlichen Erkenntniß und Kognition. Unvermeidlich führt diese Schriftlichkeit, je schärfer sie durchgeführt wird, desto mehr zu einer rein formalen Auffassung und Auslegung lediglich des geschriebenen Wortes. Es erhellt leicht, daß diese wahre Schriftlichkeit und die scholastisch-schematische Methode der Beurtheilung zusammengehören. Die Mündlichkeit, welche neuerdings von vielen deutschen Prozeßordnungen [16]) wiederhergestellt wird, hat ihre hauptsächlichste Bedeutung darin, daß sie den Richter von der äußeren Form des Vorbringens abzieht und auf die Sache selbst verweist [17]). Denn zur Grundlage der Beurtheiluug bietet sie anstatt der Bindung des Richters an das fixirte Protokoll oder die Parteischrift den vollen, lebendigen Eindruck der mündlichen Verhandlungen dar. Sie zieht folglich, wenn sie anders richtig ergriffen wird, die richterliche Erkenntniß von der spitzen Interpretation der Akten ab, und leitet dieselbe auf eine so direkte Wahrnehmung des einzelnen Falles hin, als es menschlich überhaupt möglich ist [18]).

---

15) Z. B. Bayer § 12 D. Daß die Form der Sentenz nicht entscheidend, s. § 142, 1.

16) Ueber den englischen Prozeß, der keineswegs im Vorverfahren, wohl aber unbedingt im Beweisverfahren auf Mündlichkeit beruht, s. Rüttimann § 225—227 (über die höchst formellen Advokatenschriften s. § 97 u. § 273).

17) Bluntschli, allg. St.R. II. S. 215 ffl. — Vgl. auch § 137, III. § 149. Der innere Unterschied tritt bes. im Wesen der Rechtskraft (§ 145) zu Tage.

18) Zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit gibt es daher auch verschiedene Zwischenstufen: schriftlicher Prozeß mit mündlicher Schlußverhandlung, entweder so, daß diese nur Rechtsausführungen, allenfalls Aufklärungen und Verbesserungen, oder so, daß sie auch noch thatsächliches Material (nova) bringen kann; oder mündlicher Prozeß mit gewissen schriftlichen Grundlagen. Prinzipiell mündlich sind bis jetzt, wenn auch zum Theil mit mancherlei Abweichungen und Einschränkungen die Han. P.O. (§ 92. 98. 101 aber

III. Für den gemeinen Prozeß, dem die Theorie immer noch schriftlichen Karakter zuschreibt, gibt es verschiedene Arten der Schriftlichkeit:

A. rein schriftliches Verfahren. Die Parteihandlungen werden als schriftliche Eingaben eingereicht. Nur die Gerichtsverhandlungen, sofern sie nicht in Bescheiden oder Verfügungen bestehen [19]), treten in protokollarischer Form auf. Dieses Verfahren ist regelmäßig bei höheren Gerichten üblich und steht dort mit dem Anwaltszwang in engster Verbindung [20]).

B. Das Verfahren zu Protokoll, indem die Niederschrift so sehr das Maßgebende ist, daß dagegen das mündlich Vorgetragene gar nicht, oder wenigstens vorläufig, bis zur Beseitigung der ersteren, nicht in Betracht kommt. Und zwar

1. entweder so, daß das Gericht die Niederschrift der von ihm mündlich entgegengenommenen Verhandlungen selbst besorgt, was sich namentlich für der juristischen Formulirung unkundige Personen eignet;

2. oder so, daß, was man im Ganzen den Gerichten nur rechtsverständigen Parteien gegenüber zumuthen zu können glaubt, letztere eine Schrift anstatt mündlichen Vortrags einreichen, oder selbst in die Akten schreiben, oder wenigstens in die Feder diktiren dürfen.

C. Das sog. mündliche Verfahren, besonders in Bagatell- und summarischen Sachen, vermöge dessen nur die Resultate der Verhand-

---

mit der Möglichkeit gerichtlich-schriftlicher Vorverhandlung, § 198. 207; Basis der schriftlichen Klage für die contumacia § 368 und Ausnahmen § 460 ffl.); Bad. P.O. (§ 311; s. jedoch § 334; auch § 992 ffl. § 1002). D. E. (mündlich mit schriftlicher Vorbereitung § 119 ffl.; jedoch mit einigen Ausnahmen); Bair. E. (Art. 227 ffl.); Preuß. E. (§ 241, im Ganzen rein mündlich, mit Möglichkeit schriftlicher Eingaben § 242). Eine Mischung von Mündlichkeit und Schriftlichkeit s. z. B. Lüb. P.O. § 1, 68; Kurhess. Ges. v. 28. Okt. 1863; Meining. Ges. v. 1862; Old. P.O. Art. 221. — S. auch Renaud Not. 17 ffl.

19) Diese sind schriftlich (s. § 141, 1 § 142, 1) und können es sein, selbst dann, wenn das Verfahren die unter A. u. C. berührte, oder sogar die mündliche Form hat.

20) Eingaben von rechtsunkundigen Personen würde man nicht brauchen können; s. § 81, IV.

lung zu Papier gebracht werden[21]). Dasselbe würde in der That schon seinen Namen verdienen, wenn nicht das nothwendig vorgeschriebene, unter Genehmigung der Parteien aufgenommene Protokoll, und nicht der Eindruck der mündlichen Verhandlung, den Mittelpunkt der Beurtheilung bildete. Indessen ist damit jedenfalls die Mündlichkeit nahezu erreicht[22]).

§ 97.

2. Ausschließung der Oeffentlichkeit.

Schmid § 86; Heffter § 193; Bayer § 12 E; Osterloh § 31; Renaud § 81.

Die Oeffentlichkeit des Prozesses kann sich möglicherweise sogar auf die Berathung und Beschlußfassung des Gerichtes beziehen. Indessen ist darunter regelmäßig nur die Form der Gerichtsverhandlungen verstanden.

Mit der Mündlichkeit oder Schriftlichkeit steht die Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit des Prozesses insofern in nahem Zusammenhange, als für das rein schriftliche Verfahren die Oeffentlichkeit der Verhandlungen geradezu keinen Sinn hat, und als das echt mündliche Verfahren, wenn auch nicht absolut nothwendig, doch durch seine ganze Beschaffenheit naturgemäß zur Oeffentlichkeit drängt.

Das römische Verfahren war von Haus aus öffentlich[1]) und blieb es, wenn auch in der Folge beschränkt auf bevorrechtete Klassen[2]), selbst noch in der Kaiserzeit. Erst gegen Ende der letztern wurde die Ausschließung aller Nichtbetheiligten die Regel[3]).

Ebenso das altgermanische Verfahren[4]). Auch der ältere kanonische Prozeß erkannte noch die Oeffentlichkeit als Regel an.

---

21) Osterloh § 181.

22) Faktisch ist, wie zum Theil aus Not. 18 erhellt, die absolute Schriftlichkeit nur noch in dem kleineren Theile Deutschlands augenblicklich in Geltung.

1) Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II. § 79.

2) Bethmann-Hollweg, das. u. Hdb. I. § 18; Rudorff, R. R.G. II. S. 55.

3) Bethmann-Hollweg III. § 147 z. A.

4) Maurer § 20. 68. 134. 177 ffl.; Walter, d. R.G. § 611. 612.

Allein mit Ausbildung der Schriftlichkeit mußte die Heimlichkeit der Prozedur, die zuerst als Mittel gegen zu besorgenden Mißbrauch bei einzelnen Handlungen sich festsetzte, immer weiter über den Prozeß erstreckt werden. Die Ausschließung aller Oeffentlichkeit war in Deutschland seit Aufnahme der fremden Rechte in demselben Maße unvermeidlich, als die Form der Schriftlichkeit äußerlich, die Künstlichkeit und Unverständlichkeit des Rechtes innerlich eine Theilnahme des Publikums unmöglich machte. In dem modernen Beamtengerichtswesen steht der Prozeß sogar geradezu unter dem Amtsgeheimniß [5]).

Gleichwohl existirt mitunter noch ein Rest von Oeffentlichkeit für gewisse Gattungen, wie Bagatell-, Handelssachen u. dgl., oder für die erste Instanz, welche oft nicht reine Schriftlichkeit besitzt. Jetzt wird mit der Mündlichkeit in der Regel auch die Oeffentlichkeit wiederhergestellt [6]), die freilich für den Civilprozeß erst dann allgemeineren Werth gewinnt, wenn das Verfahren und die Methode auch dem Nichtjuristen Verständniß gestattet [7]).

Soweit Schriftlichkeit besteht, haben zwar die Parteien selbst das Recht, den Verhandlungen, allenfalls mit Ausnahme der Zeugenverhöre nach gemeinrechtlichem Zuschnitt (§ 213, III), beizuwohnen; nicht aber Dritte. Bei den Berathungen des Gerichtes sind auch im mündlichen Prozeß weder Dritte, noch die Parteien zugelassen [8]) Von den Akten wird den Parteien vollständige Kenntnißnahme, während Dritte nur auf Darlegung eines besonderen Interesses oder Rechtes (§ 148, IV; § 217) hin davon Einsicht erlangen.

---

5) Vgl. R. K.G.O. von 1555 I, 28 § 3. Vis.-A. von 1713 § 88. — S. § 32.

6) So Hannov. P.O. § 87 ffl.; Old. P.O. § 73. 100; Braunschw. P.O. § 57; Bad. P.O. § 5; Lüb. P.O. § 1; D. E. § 107; Bair. E. Art. 123; Preuß. E. § 207; überall natürlich mit gewissen Ausnahmen im Interesse der Sittlichkeit, nur für Erwachsene u. dgl.

7) Vgl. überh. Bluntschli, allg. St.R. II. S. 211 ffl.

8) Bayer S. 42.

B. In Bezug auf die Stellung der Parteien zu einander und zum Gericht.

§ 98.

1. Die Zweiseitigkeit und die Trennung der Parteihandlungen.

Martin § 15. 17; 186. 188; Bayer § 12 z. A.; Osterloh § 27; Wetzell § 43 a. E.; Renaud § 77.

Gerechte Entscheidung in dem Streit zweier wider einander ankämpfenden Parteien ist nur möglich, wenn beiden die Gelegenheit gegeben wird, ihre Sache zu vertheidigen. In diesem Sinn erscheint die Zweiseitigkeit[1]) als Fundamentalsatz eines jeden Prozeßverfahrens. Allein die Form, in welcher sich derselbe bethätigt, ist verschieden, je nach dem Karakter des Prozesses.

Wo Mündlichkeit herrscht, besteht die Zweiseitigkeit darin, daß beide Theile zu der gemeinsamen Verhandlung geladen werden und in derselben dergestalt, wenn auch im Einzelnen einer nach dem andern, gemeinsam agiren, daß für die richterliche Kognition der Inhalt einer jeden zweiseitigen Verhandlung als ein Ganzes erscheint. So ist das R. R. zu verstehen, wenn es ein echtes Judikat ohne zweiseitiges Gehör für unmöglich erklärt[2]).

Diese Gemeinsamkeit der Aktion wird dem äußeren Anscheine nach noch aufrecht erhalten, ist aber in Wahrheit schon größtentheils hinweg, wo, wie im Kan. R. und der älteren deutschen Praxis zwar noch terminlich (s. § 96, I), jedoch so verfahren wird, daß eigentlich nur der eine Theil handelt, die Klage, Exzeption, Replik u. s. w. abgibt, der andere aber zu seiner Gegenhandlung einen weiteren Termin erhält.

Die Trennung der ursprünglich einheitlich gedachten Aktion der Parteien wird endlich vollständig, wo reine Schriftlichkeit existirt. Schriftliche Verhandlung kann nicht gleichzeitig sein. Hier geht nothwendig das Verfahren in der Weise von Statten, daß, nachdem die eine Partei ihre fertige schriftliche Handlung eingereicht hat, die andere ebenso fertig, mithin völlig getrennt, ihre

---

1) Audiatur et altera pars; eines Mannes Red ist keine Red u. s. w. Renaud Not. 1.

2) L. 1 pr. de req. reis 48, 17; L. 9. 45 § 2; L. 47 pr. de re jud. 42, 1.

Gegenhandlung einreicht. Auf die für sich in abgeschlossen legaler Gestalt vorliegende Angriffshandlung folgt in gleicher Gestalt die Erklärung und Vertheidigung von der andern Seite.

Daß sich darnach der moderne Prozeß, selbst wo er noch terminlich verfährt[3]), zumal aber bei rein schriftlicher Form, in getrennten Parteihandlungen bewegt, gibt ihm eine Gestalt, welche auch für die innere Struktur sehr wichtig wird[4]). Im Zusammenhang mit den Grundsätzen, welche als Verhandlungsmaxime bezeichnet werden, entsteht dadurch das Verhältniß, daß zuvörderst der eine Theil in Bezug auf seine getrennte Handlung Alles, was zu deren legalen Erfordernissen gehört, erfüllt haben muß, ehe der andere Theil sich dagegen zu regen braucht[5]). Der letztere kann also zunächst ruhig erwarten, ob sein Gegner den legalen Voraussetzungen genügt und umgekehrt hat jede Prozeßhandlung, welche in dieser Richtung allemal unter die Kognition des Gerichts fällt, nur dann ein Recht, dem Gegner mit der Aufforderung zur Gegenhandlung mitgetheilt zu werden, wenn sie, wenigstens einstweilen, in legaler Form vorliegt.

Folglich besteht die nothwendige Zweiseitigkeit des Prozesses nicht mehr darin, daß beide Parteien gleichzeitig handeln, an der gemeinsamen Aktion theilnehmen können, — das ist erst im echt mündlichen Prozeß wieder der Fall —, sondern die Zweiseitigkeit wird zum wechselseitigen, sukzessiven Gehör.

Auf jede Angriffshandlung von der einen Seite, sofern sie nicht wegen irgend eines Mangels alsbald zurückgewiesen, sondern vielmehr als Bestandtheil des Prozesses aufgenommen wird, gebührt der anderen Seite das Recht der Erklärung und Vertheidigung in einer lediglich von ihr ausgehenden, getrennten Handlung. Das bedeutet jetzt im gemeinen schriftlichen Prozeß das Prinzip des zweiseitigen Gehörs[6]).

---

3) Insofern hier die Aktion des andern Theils nur in der Entgegennahme der von dem Gegner terminlich ad protocollum, oder gar durch Rezeß (s. § 96, 14) bewirkten einseitigen Handlung besteht.

4) S. bes. § 110. 111 und bes. im Beweisverf. § 208, II.

5) Anfänge dieser bedeutsamen Konsequenz s. (in Bezug auf den Beweis) schon im späteren R.R. Bethmann-Hollweg III. S. 272.

6) Gönner I, 7.

Gleichwohl wird nicht immer zweiseitig verfahren. Es ist namentlich eine karakteristische Eigenheit des summarischen Prozeßverfahrens [7]), sowie auch mancher Unter- oder Inzidentabschnitte des ordentlichen [8]), daß, möglicherweise sogar definitive oder doch wenigstens vorläufige Verfügung auf blos einseitiges Gehör hin erfolgt. Zur Ausgleichung der darin liegenden Gefahr der Ungerechtigkeit dient dann meist das Erforderniß besonderer Bescheinigung.

Uebrigens hat, wo sie erheischt wird, das Erforderniß der Zweiseitigkeit keineswegs den Sinn, daß wirklich von Seiten des andern Theils gehandelt werden müßte. Indem nach dem Kontumazialsystem nöthigenfalls die Erklärung als geschehen fingirt wird (§ 124), zeigt sich, daß es schon genügt, wenn nur die Gelegenheit zur Erklärung durch den Richter gewährt wurde [9]), während darauf Nichts ankommt, ob der Gegner wirklich von dieser Gelegenheit Gebrauch gemacht hat.

§ 99.

2. Die Verhandlungsmaxime.

Martin § 16; Linde § 143; Heffter § 3. 7. 19. 262; Schmid § 83; Bayer § 12; Osterloh § 28; Wetzell § 43 N. 1; Renaud § 78. — Aeltere Monographieen, worunter bes. Puchta, Grenzen des Richteramtes, s. bei Osterloh a. a. O.

I. Der Begriff der Verhandlungsmaxime darf nicht identifizirt werden mit dem unbedingt wegen der privatrechtlichen Natur des Civilprozesses den Parteien zustehenden Dispositionsrecht (§ 102). Auch im R. R. [1]) hängt es von dem Willen der Parteien ab, zu bestimmen, ob überhaupt gestritten und wie weit richterlich entschieden werden soll. Aber soweit richterliche Untersuchung und Prüfung eintritt, herrscht gemeinsame, freie Thätigkeit des Richters und der Parteien, ohne irgend welche besondere Ab-

---

7) Gönner, Hdb. I, 7 § 8.

8) S. z. B. § 31. 119 u. a., von denen man gerade deshalb oft sagt, daß sie summarisch verhandelt werden.

9) Bayer a. a. O. mittelst der Citation, s. § 120; Martin, Vorl. I. S. 138. — Daß das im R.R. nicht ganz ebenso war, s. § 106.

1) Vgl. darüber Endemann, Prinzip der Rechtkr. S. 8; u. unten § 107.

grenzung der beiderseitigen Berechtigungen (s. § 95, I). Erst in der späteren Zeit hat die Initiative der einen Partei, wie bei der schriftlichen Klaganstellung und namentlich bei der Beweisführung (s. § 180), eine Bedeutung, welche an die Verhandlungsmaxime insofern anstreift, als der Gegner zuvörderst die Erfüllung aller Voraussetzungen von Seiten des andern Theils erwarten kann. Bis dahin wurde gemeinsame Verhandlung und Aktion beiden Parteien unterstellt (s. § 98). Ebenso wenig kann man den Karakter des altgermanischen Prozesses, dem zufolge der ganze Schwerpunkt in der Selbstthätigkeit der Streittheile lag, als Verhandlungsmaxime bezeichnen [2]).

Verhandlungsmaxime im heutigen Sinne ist der Grundsatz, daß die Parteien nicht blos über den Streitgegenstand und den Prozeß im Ganzen, sondern auch über den prozessualischen Inhalt im Einzelnen zu disponiren haben. Der Richter soll, soweit die Parteien Entscheidung begehren, lediglich an das Parteivorbringen gebunden sein. Sie ist also ein formales Dispositionsrecht, durch welches die Parteien den Richter mit jeder einzelnen Handlung nöthigen, lediglich auf deren Grundlage hin zu urtheilen. Der ganze Stoff der richterlichen Kognition, der Inhalt des Prozesses hängt davon ab, was und in welcher Weise es von den Parteien, im schriftlichen Prozeß augenscheinlich-urkundlich, vorgebracht wird. Die Entstehung dieses Prinzips hängt nothwendig zusammen einmal schon äußerlich mit der schriftlichen Form des Prozesses, sodann aber innerlich mit der Idee eines zwischen dem Richter und den Parteien bestehenden feindseligen Gegensatzes. Die Verhandlungsmaxime ist, konsequent durchgeführt, die Lähmung aller selbstständigen Thätigkeit des Richters, Beschränkung desselben auf die Kognition über die Parteiverhandlungen [3]) und damit Abwälzung der Verantwortlichkeit für das nur noch formal oder juridisch gerechte Resultat des Prozesses der Sentenz, auf die Parteien. Ihre Entstehung und Ausbildung kann nur im kanonistisch-

---

2) Wie Wetzell Not. 26a anzunehmen scheint. — Vgl. Planck, Beweisurth. S. 28 ffl.

3) Ueber die Gründe s. § 95, bes. II; über den Zusammenhang mit der legalen Beweistheorie, die ebenwohl Fesselung des Richters ist, s. § 181.

romanischen Prozeßrecht gesucht worden[4]). Von dort aus[5]) ist sie Bestandtheil des neueren deutschen Rechtes geworden und gilt im Gegensatze zu der Untersuchungsmaxime[6]) als eine der Grundsäulen des gemeinen Prozesses, weil sie als nothwendiges Gegengewicht des Parteienrechtes gegen die Gewalt des Beamtengerichts erscheint[7]).

Indessen mag sie sehr verschiedene Schattirungen annehmen. Und so gewiß das Dispositionsrecht der Parteien über Streitgegenstand und Prozeß niemals ganz entbehrt werden kann[8]), eben so gewiß muß die Geltung der Verhandlungsmaxime, weil sie nur Ausdruck des Formalismus und der schiefen Stellung der Faktoren des Prozesses zu einander ist, da erschüttert, abgeschwächt und endlich geradezu entbehrlich werden, wo mit Einführung der Mündlichkeit das normale, auf Zusammenwirken gerichtete Verhältniß des Richters zu den Parteien wiederhergestellt wird.

II. Die Konsequenzen der Verhandlungsmaxime[9]) drückt man häufig in folgenden Sätzen aus[10]):

A. Nemo judex sine actore[11]), auch nemo reus sine actore, oder nemo invitus ad agendum cogitur. Daß das Gericht nicht die Initiative hat, daß vielmehr die Eröffnung eines Civilprozesses nur auf Antrag des Klägers stattfindet, ist jedoch

---

4) Bei den älteren Kanonisten findet sich noch oft die röm. Idee des Zusammenwirkens; s. z. B. Bulgar. § 9. Erst allmählig schärfte sich der Formalismus. S. auch Schäffner III. S. 498.

5) Wie auch Wetzell Not. 27 anerkennt. —

6) Das erhellt bes. deutlich aus Gönner I. 8; s. dazu aber auch I, 10.

7) Ueber die Stellung der Inquisitionsmaxime (s. bes. Preuß. G.O. Einl. § 6. 7. I, 10 § 2, aufgehoben durch Ges. v. 1846) in der Geschichte des Civilproz. s. § 95, 19.

8) Obwohl es sich selbst in neuesten Entwürfen meist sehr dürftig ausnimmt; s. D. E. § 220. 221.

9) Von deren Wirkung an einzelnen Stellen des Prozesses, z. B. Beweis-, Rechtsmittelverfahren u. s. w., unten das Nähere.

10) Die indessen oft gerade an dem Fehler leiden, daß sie Dispositionsrecht u. Verhandlungsmaxime vermischen.

11) L. un. Cod. ut nemo invit. 3, 17; Nov. 63 c. 3 § 1. s. auch Sachsensp. I, 62 § 1. — Osterloh Not. 3; Martin, Vorl. I. S. 127. II. S. 218.

ein Satz, der sich auch ohne Verhandlungsprinzip von selbst versteht [12]).

B. Ne procedat judex ex officio. Dieser Satz besagt im Sinne der gemeinen Doktrin nicht mehr blos, daß die erste Anregung der richterlichen Thätigkeit von Seiten der Partei ausgehen muß [13]), sondern daß auch während des gesammten Prozesses jede Einzelverfügung des Richters vorgängigen Antrag voraussetzt, folglich auch kein Mangel und kein Grund aus dem Inhalt der Klage oder einer andern Handlung entnommen werden kann, wenn er nicht von der Gegenpartei geltend gemacht wird. Nach kanonischer Ansicht herrscht durchweg die formale Gebundenheit, nach welcher der Richter keinen Schritt ohne Anregung der Parteien, und die Parteien keinen Schritt ohne Billigung oder Bewilligung des Richters thun dürfen [14]). Eine wirkliche Ausnahme will man eigentlich nur im öffentlichen Interesse, in Bezug auf Ehe-, Familiensachen u. dgl. statuiren, in denen ein Vorschreiten des Richters von Amtswegen [15]) oder nach moderner Einrichtung (§ 39) ein Vorschreiten des Staatsanwaltes ohne oder gegen den Willen der Privaten gestattet wird.

Indessen hat die Verhandlungsmaxime niemals bis zu ihrer äußersten Konsequenz, welche identisch ist mit einem unerträglichen Formalismus, durchgeführt werden können. Das heutige Prozeßrecht hat sie nicht selten ausdrücklich beschränkt; und selbst wo dies nicht geschehen, hat die Praxis immer häufiger Anträge und Richterbewilligungen subintelligirt [16]), oder in vielen Fällen geradezu Vorschreiten und Prüfen von Amtswegen gutgeheißen [17]).

C. Ne eat judex ultra petita partium. Dem R.R. ent-

---

12) S. § 103 I. Das bes. hervorzuheben, hat wiederum erst die Besorgniß vor den Konsequenzen der Inquisitionsmaxime gereizt. Gönner I, 8. Aeltere halten kaum nöthig, den Satz zu erwähnen. — Mehr besagt auch z. B. D. E § 115 nicht.

13) Wie in L. 68 de jud. 5, 1; L. 4 § 8 de damm. inf. 39, 2 u. a. St. Wetzell Not. 26.

14) Nachweise s. bei Wetzell Not. 28; Renaud Not. 4.

15) Wetzell Not. 32; Renaud Not. 18, der dies keine Ausnahme nennen will.

16) S. z. B. 115, II; § 135 u. a.

17) Man vgl. darüber weiter, was in § 100, III. zu sagen.

nommen [18]), im Kan. R. und in Reichsgesetzen wiederholt [19]), will das ursprünglich heißen: der Richter soll nur so weit entscheiden, als die Parteien den Streit seiner Entscheidung unterbreiten. Der römische Richter sollte also nicht über den Rahmen der Formel, also über das, was in judicium deduzirt ist, hinausgehen, während in Hinsicht der Frage, was objectiv, quantitativ und qualitativ darunter begriffen sei, vernünftiges Ermessen, und keineswegs der rein formelle Ausdruck des Petitums, entschied [20]). Allein in dem kanonischen Prozeß nahm jener Satz nothwendig den Sinn an, daß der Richter formell und bei jeder einzelnen Handlung an den Antrag der Partei gebunden sei. Und zwar

1. rücksichtlich des Objekts des Petitums. Sobald nicht nach Quantität, Qualität, Ort, Zeit oder andern Modalitäten gerade dasjenige zuerkannt werden kann, was gebeten wird, liegt eine plus- oder minuspetitio vor. Von Rechtswegen muß die Bitte vollkommen richtig sein, um die Möglichkeit des Erfolgs zu haben [21]), und es kann Nichts zuerkannt werden, als was ausdrücklich gebeten worden ist. Indessen hat man doch, sowohl in ersterer Beziehung, als auch in der letzteren die volle Schärfe der Konsequenz [22]) aufgegeben. Während früher auch der Prozeßkostenersatz ausdrückliche Bitte erheischte [23]), ließ man später vermöge wirklicher, in der Folge sogar vermöge stillschweigend unterstellter clausula salutaris zu oder gebot sogar, daß über Accessionen, Früchte, Zinsen und Kosten auch ohne besonderes Petitum verfügt werde [24]).

---

18) L. 18 comm. div. 10, 3.

19) Clem. 2 de V. S. 5, 11; R. D. A. 1600 § 30.

20) Vgl. Wetzell Not. 35; Osterloh Not. 5; Renaud 5 ffl. — Die Bestätigung findet sich in den ganz analogen Erfahrungen, welche an der Bestimmung der obj. Wirkungen der Sentenz gemacht werden; s. § 145.

21) Wetzell § 46, 32.

22) Welche zu dem jämmerlichsten Formalismus führt. S. § 137 ffl.

23) Man ließ höchstens eine Nachforderung eodem die sententiae zu. — Gaill. I. obs. 151 nr. 21 — indem man sich damit tröstete, daß der röm. Satz der L. 3 Cod. de fruct. 7, 51, wonach eine Klage darauf nach der Sentenz unstatthaft sei, nicht ausschließe, sie ex officio judicis zu fordern. — Seuffert X. 296.

24) Freilich ist darin weder die Theorie, noch die Praxis einig; s. Wetzell Not. 35; Bayer § 12 u. § 134 N. 2. § 165 z. A.; Schmid II. S. 15; Martin, Vorl. I. S. 475 N. III.; Renaud Not. 11. 12;

2. rücksichtlich des prozessualischen Zwecks der Bitte. Daher keine positive Kondemnation auf Grund einer Einrede[25]), überhaupt keine Zuerkennung irgend eines prozessualischen Vortheils ohne deshalbigen Antrag, kein Aufgreifen irgend eines Mangels ohne deshalbige Rüge der Gegenpartei. Der Richter hat sich streng an den ausdrücklichen Inhalt des einzelnen Petitums[25a]) zu halten; und darin liegt die Quelle der absolutiones ab instantia, der Zurückweisungen, wie angebracht, oder in dieser Gestalt (§ 140). Indessen auch nach dieser Seite hin haben sich die Ansichten häufig gebessert, indem man die formale Strenge verlassen und dem verständigen Richterermessen zu Gunsten des materiellen Rechts wieder mehr Gewalt eingeräumt hat.

D. Judex secundum allegata et probata judicare debet, non secundum conscientiam. Dieser Satz des kan. Prozeßrechts[26]) stellt die Anwendung des Verhandlungsprinzips auf das thatsächliche Vorbringen der Parteien und insonderheit auf das Beweisstadium dar[27]). Der Richter soll Nichts von selbst wissen oder herbeischaffen, was zur Ermittlung der Wahrheit dient. Daraus folgt: quod non in actis non in mundo. Da der Prozeß schriftlich (§ 96), so muß der Inhalt der Akten die einzige Grundlage der Kognition sein. Aktenmäßigkeit ist mithin die erste Voraussetzung für die Gültigkeit einer richterlichen Verfügung. Aktenwidrigkeit begründet, wenigstens wenn klar vorliegend, unheilbare Nichtigkeit (§ 243, 9), sonst immerhin einen Berufungsgrund. Die Aktenmäßigkeit vertritt an sich vollständig

---

u. die Beispiele bei Seuffert, Reg. zu Bd. 11—15 S. 90 Nr. 1. Theoretisch läßt sich der Streit nicht lösen. Es kommt eben auf die größere oder geringere Neigung für die formale Verhandlungsmaxime an. — Ueber die Zuerkennung der Prozeßkosten insbes. s. § 138, IV; über die Accessionen § 142, 9.

25) Vgl. § 175 mit § 101, II A 2. Wetzell Not. 38. 39.

25a) Daß jetzt streng genommen bei jeder einzelnen Handlung diese Situation eintritt, ist es, was vollends zu einem unerträglichen Formalismus führt. Im röm. Proz. gibt es nur ein Petitum des Klägers oder Verklagten, während die Trennung der schriftlichen Akte den Prozeß in eine ganze Serie von Petiten auflöst.

26) Wetzell Not. 40.

27) Zur Würdigung desselben s. Endemann, Beweislehre § 14.

die materielle Wahrheitsermittlung. Auch hier hat freilich die Neuzeit bereits viel von der alten Strenge geopfert [28]).

Eine Konsequenz der Regel ist es auch, daß der Richter insoweit, als die Parteien über Behauptungen von Thatsachen und Rechtsansprüchen übereinstimmen, vorausgesetzt daß es sich nicht um ein der Privatdisposition entzogenes Recht handelt, absolut gebunden erscheint, also nicht mehr zu prüfen hat [29]).

Faßt man den Inhalt vorstehender Sätze zusammen, so ergibt sich, daß die Verhandlungsmaxime prinzipiell den Richter, während ihm die rechtliche Beurtheilung oder Subsumtion des Prozeßinhaltes unter die Regel insofern frei bleibt, als er in der Auswahl des zur Anwendung zu bringenden Rechtssatzes formell nicht gebunden wird [30]), in Bezug auf die Findung des faktischen Stoffs an die Vorträge der Parteien fesselt. Es entsteht dadurch, soweit die Verhandlungsmaxime in diesem Sinne reicht, das Recht und die Pflicht der Parteien, lediglich auf Grund ihres Vorbringens beurtheilt zu werden.

Während die weitgreifenden Folgen dieses Grundgedankens unten an ihrem Orte nachzuweisen sein werden, ist hier nur darauf hinzudeuten, daß gerade dieser Grundsatz augenscheinlich mit der Schriftform auf das Innigste zusammenhängt und in diesem Zusammenhang zumeist das innere Wesen des Prozesses bezeichnet [31]).

Es erhellt, daß nur bei Schriftlichkeit der Prozeßhandlungen von einer solchen formellen Bindung an das Vorbringen die Rede sein kann. Es erhellt aber auch ferner, daß, indem die Schriftlichkeit zu der in § 98 dargestellten Trennung der

---

28) S. § 100, III. B. u. § 184. Der Zusammenhang der Verhandlungsmaxime und der sog. juridischen Beweistheorie ergibt sich schon an dieser Stelle.

29) Es wird sich in § 107. 108 in Verbindung mit § 198 näher ergeben, wie aus der Feststellung des streitigen Gebiets nach R.R. eine Feststellung der einzelnen Behauptungen geworden ist, zugleich auch, welche Konflikte daraus entstehen.

30) Freilich bindet ihn die Gesetzgebung und Doktrin in dem Maaße, als sie ihm den Rechtsbestand als einen todten, eigenes Denken ersparenden Schematismus vor Augen stellt. — S. auch § 100 I.

31) Von dem Einfluß auf die innere Struktur s. namentlich § 151.

einzelnen Parteihandlungen führt, die Verhandlungsmaxime von diesem letztern Standpunkt aus betrachtet werden muß. Die Verhandlungsmaxime ist nicht Bindung des Richters an den Gesammtinhalt der einheitlichen Verhandlung zwischen beiden Parteien, sondern Bindung an den abgeschlossenen Inhalt der einzelnen Schriftsätze. Nur wenn er in seiner Abgeschlossenheit für sich allen Erfordernissen, welche gerade an diese einzelne Handlung nach der Prozeßordnung zu machen sind, entspricht, hat der einzelne Satz Aussicht, überhaupt angenommen zu werden. Denn andernfalls hat die Gegenpartei ein Recht, jede an und für sich ungenügende Handlung zurückgewiesen zu sehen, ohne daß sie genöthigt werden könnte, darauf einzugehen.

Auf solche Weise löst sich, nach der Verhandlungsmaxime, indem sie jeden Schriftsatz gerade so, wie er vorliegt, bei formalistischer Neigung bis zur Silbenstecherei, aufzufassen zwingt, der Streit der Parteien in eine Reihe von Bestreitungen einzelner Handlungen, die Kognition des Richters in die fortlaufende Beurtheilung der Legalität dieser einzelnen Handlungen, die endliche Entscheidung in ein, oft nur noch mechanisches Zusammenstellen der daraus sich ergebenden Einzelresultate auf. Mit andern Worten: die natürliche Einheit des gesammten Thatbestandes, welcher den Prozeßinhalt bildet und im wahrhaft mündlichen Verfahren ohne ängstliche Sorge um Bindung des Richters an das Parteivorbringen zum Vorschein kommt, wird vollständig zerstört (vgl. § 137). Zugleich entsteht durch die Bindung des Richters an das Parteivorbringen wenigstens der Anschein, als ob wesentlich die Parteienaktion der Prozeß beherrsche. Formell herrscht allerdings insoweit die Parteienberechtigung, als der Richter durchaus in passive Unthätigkeit versetzt wird. Durch ihre Handlung, wie sie formell vorliegt, gewinnt die Partei ein Recht auf diesem ihrem Vorbringen entsprechende rechtliche Beurtheilung und Verfügung; wie denn auch ihrem Nichthandeln von dem Standpunkte der Verhandlungsmaxime aus die Idee des Verzichts untergelegt werden kann (§ 112). Es folgt ferner daraus, daß durch die Uebereinstimmung der Parteien in der Behauptung und in der nach dem Prinzip der Zweiseitigkeit (§ 98) nothwendigen, ausdrücklichen oder fingirten (§ 124, 7) Erklärung dem Richter jede weitere Kognition erspart wird; nicht blos dann, wenn diese Uebereinstimmung den

ganzen Anspruch als solchen (§ 105), sondern auch wenn sie die einzelnen thatsächlichen Umstände betrifft (§ 198).

Allein man darf andrerseits nicht vergessen, daß bei aller dieser vermeintlich weitgehenden Parteienberechtigung, die sich im Grunde nichts weniger denn als eine materiell freie Bewegung der Parteienthätigkeit erweist, doch jene ausgedehnte und strikte richterliche Prozeßdirektion Platz hat, welche später darzustellen ist.

§ 100.

3. Die Richterpflicht.

Martin § 63. 73; Linde § 162; Heffter § 259; Schmid § 83; Osterloh § 87; Bayer in § 165; Wetzell § 43 Not. 44 ffl.; Renaud § 78.

Unter diesem Namen faßt man die Befugnisse zusammen, welche im Gegensatze zu der Verhandlungsmaxime dem Richter zukommen und in selbstständiger, von dem Parteivorbringen unabhängiger Thätigkeit desselben ihren Ausdruck finden.

Dahin gehört zweifellos

I. die rechtliche Beurtheilung. Der Richter muß in gewissem Umfang von selbst die Gesetze und Rechte kennen, nach welchen zu verfahren und zu entscheiden ist. Allein auch insoweit er Rechtssätze nicht zu kennen braucht (§ 32, 14), gilt er nach heutigen Begriffen nicht nur für befugt, sondern sogar für verpflichtet, sei es auf Anregung der Parteien (§ 109, 4), sei es aus eigenem Antriebe, der Existenz der Rechtssätze, die zur Anwendung kommen sollen, nachzuforschen. Er ist also in Bezug auf die Konstatirung ausländischer Rechtsnormen, Gewohnheiten, Sonderrechte, keineswegs an die strenge Verhandlungsmaxime gebunden. Den auf den untergebenen Fall passenden Rechtssatz hat sodann der Richter anzuwenden[1]), ohne dabei von der Anregung der Parteien abhängig oder an die von diesen ihren Rechtsmitteln gegebene rechtliche Bezeichnung dergestalt gebunden zu sein, daß er sie nur aus diesem Gesichtspunkte beurtheilen dürfte. Nach dem

---

1) Er darf nicht gegen das Gesetz sprechen, sonst ist seine Sentenz nichtig, oder doch anfechtbar. Vgl. Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proz. II § 109 Not. 3; auch § 108 Not. 38.

R.R.[2]), nach Kan. R. und Reichsgesetzen[3]) und neuerem Recht ist das anerkannt. Wenn gleich die Einwirkung des Verhandlungsprinzips auch nach dieser Seite hin im Einzelnen manche Zweifel erregte[4]), so ergiebt sich doch aus der allgemein wahrnehmbaren Abschwächung der Verhandlungsmaxime Grund genug, jetzt geradezu die völlige Freiheit des Richters in der rechtlichen Beurtheilung zu fordern.

II. Allein außerdem ließ sich auch in Hinsicht auf die thatsächlichen Grundlagen die Einwirkung des Richters niemals völlig ausschließen. Das ergibt sich theils daraus, daß überhaupt die Thatfrage von der, wie unter I gezeigt, lediglich der freien richterlichen Prüfung unterstellten Rechtsfrage keineswegs so leicht und rein zu trennen ist, theils daraus, daß die Verhandlungsmaxime, soweit sie gerade für das thatsächliche Vorbringen und die daran geknüpfte Bitte (s. § 99 II) gelten sollte, doch nie bis zur absoluten Konsequenz durchdringen konnte.

Im R.R., wo die Verhandlungsmaxime in diesem Sinne noch gar nicht bestand, fehlt es im Ganzen an jeder formellen Abgrenzung der Befugnisse zwischen Richter und Parteien. Erst bei den Kanonisten wurde es nöthig, gegenüber der durch den Geist des kanonistischen Verfahrens und die Stellung des Richters zu den Parteien bedingten Verhandlungsmaxime gewisse Ausnahmen zuzulassen. Man deckte das Bedürfniß nach einem Verfahren, in welchem sich unabhängiger von ausdrücklichen und speziellen Parteianträgen die Richterthätigkeit zu entwickeln vermochte, durch Aufstellung einer eigenen Form, nämlich der Prozedur ex officio judicis. Den Gegensatz zu der solennen Form der eigentlichen actio bildend[5]), eignete sie sich handgreiflich am meisten für Fälle von mehr admini-

---

2) Welches dem judex volle Freiheit innerhalb der Formel läßt; aus dieser darf er freilich nicht herausfallen; Bethmann-Hollweg a. a. O. § 109 z. A.; L. un. Cod. ut quae desunt. 2, 10; L. 40 de jud. 5, 1.

3) c. 6 X de jud. 2, 1; Bulg. § 3. J.R.A. § 96.

4) Wetzell Not. 43. — Daher denn auch die offizielle Nachforschung nach ausländischem Gewohnheitsrecht u. dgl., die dem Beweise desselben einen absonderlichen Karakter verleiht. Seuffert XIII, 75. 204; XVII, 110. Vgl. § 179, I B.

5) c. 9 X de jud. 2, 1; s. statt Aller Durant. I, 1 de off. omn. jud. § 2. Damas. 1. v. 15 sqq. Scacc. de jud. I. c. 68.

strativer Natur. Das schloß nicht aus, daß auch diese besondere Art des Verfahrens im Einzelnen gerade so streng regulirt wurde, wie die Prozedur ex actione[6]). Indessen kam man davon später, nachdem der Höhepunkt des Schematismus überwunden war, immer mehr zurück. Man vergaß schließlich völlig, daß das kanonistische officium judicis eine genau gegliederte, nur minder solenne Prozedur neben dem ordentlichen Verfahren darstellte, und fand den natürlichen Begriff desselben in der Befreiung des Richters von der an die Parteihandlungen absolut bindenden Verhandlungsmaxime. In diesem Sinne setzte man dem gebundenen officium mercenarium s. mixtum das freie officium nobile s. solemne entgegen.

Auch dieses letztere bedurfte aber, soviel war zur äußeren Rechtfertigung vor der Verhandlungsmaxime nachzugeben, der Anregung durch Parteiantrag. Indessen genügte dazu schon die allgemein gehaltene clausula salutaris[7]). Heutzutage gilt selbst die Klausel für unnöthig. Die Richterpflicht regt sich also von selbst an[8]).

III. Unter dem officium nobile verstand man zunächst eine gewisse Befugniß und Pflicht der Ergänzung und Verbesserung der Parteihandlungen. Allein richtig genommen umfaßt der Begriff weit mehr. Die Richterpflicht bezeichnet die Loslösung von der Verhandlungsmaxime und folgeweise fallen unter diese Rubrik alle die Erscheinungen, welche als Ausdruck der zunehmenden Offizialgewalt des Richters gelten müssen.

Der Richter hat hiernach

A. die Befugniß, rechtlich zu prüfen, ohne dazu einen Anfang der Parteien zu erwarten. Er hat daher die äußere und innere Beschaffenheit des Parteivorbringens zu prüfen, fehlerhafte, unerheb-

---

6) Durant. l. c. Ein ganz analoges Beispiel der Erscheinung, daß die Scholastik das, was eigentlich aus Widerstreit gegen ihre Konsequenzen entstanden, doch wieder ergreift und regelt, bietet das Handelsrecht. Vgl. Endemann, deutsch. H.R. § 4 II.

7) Daß die ital. Juristen für ihr Verfahren ex officio jud. Antrag verlangten, begreift sich leicht. S. überhaupt Gaill. obs. I, 61. R.A. von 1551 § 32; Konc. der R.K.G.O. von 1613, I 22 § 12. Die Klausel lautet: Desuper officium nobile judicis humillime implorando, oder neuerdings abgekürzt: Worüber u. s. w., am Schluß der Schrift.

8) Martin, Vorl. I S. 382; Wetzell Not. 47; Renaud Not. 24.

liche, oder durch ersichtliche Gründe elidirt erscheinende Anträge sofort zurückzuweisen, oder, wenn thunlich, verbessern oder vervollständigen zu lassen. Er hat auf solche Weise nicht nur Nichtigkeiten, sondern auch dem Uebelstand vorzubeugen, daß der Prozeß hinterher doch nur auf Grund eines solchen Mangels, also ohne definitives Resultat[9]), entschieden wird.

B. die Befugniß, positiv Lücken zu ergänzen und Mängel zu beseitigen, mag man das durch Subintelligiren eines Parteiantrags zu rechtfertigen suchen (§ 99, II B.), oder geradezu als Ausfluß der Amtsgewalt betrachten. Daran schließt sich weiter das sog. Fragerecht des Richters (§ 136), sowie die Benutzung eigenen Wissens (Gerichtskunde, § 184).

C. die Befugniß, einzelne Handlungen, deren Zahl sich sichtlich vermehrt hat, aus eigener Entschließung vorzunehmen, wie Beeidigungen und Abschneiden von unnützen Eiden, Augenscheinseinnahmen, Zuziehung von Sachverständigen, Apposition von Akten und Urkunden, Auflage von Kautionen, Adzitationen, Sühneversuche u. dgl.[10]).

D. Es gehört ferner hierher, was bereits als Abschwächung der Verhandlungsmaxime bezeichnet wurde, indem namentlich dem Richter die Befugniß zukommt, qualitativ und quantitativ von den Parteianträgen abzuweichen, oder ohne solche zu verfügen (§ 99, bes. II B.).

Das Alles beweist nur, wie sehr dem oben (§ 95, 20) geschilderten Wesen der Rechtspflege entsprechend in dem modernen gemeinen Prozeß die Gerichtsgewalt auf Kosten der vermeintlich absoluten Parteienberechtigung sich ausgedehnt hat.

Von diesem Standpunkt aus muß im Folgenden die Thätigkeit der Parteien und des Gerichts betrachtet werden, wie sie nach gemeinrechtlichem Zuschnitt besteht oder bestehen soll. Es ist dabei von vornherein klar und wird durch die historische

---

9) durch eine Abweisung, wie angebracht. Wo die Richteraufgabe energisch erfaßt wird, ist es darum schon so weit gekommen, daß sich ein Gericht schämen muß, schließlich, wie angebracht, abzuweisen. Von allen deutschen Ländern läßt sich das freilich nicht sagen. — Das Weitere s. § 126. 135.

10) Schmid S. 273 ffl.

Erfahrung bestätigt, daß keineswegs unter allen Umständen dieselbe Vertheilung der Aktion zwischen Gericht und Parteien zu herrschen braucht. Insbesondere kann und muß augenfällig Vieles von dem, was jetzt trotz Verhandlungsmaxime unter die Rubrik der Richterthätigkeit zu stellen ist, unter andern Verhältnissen wieder unter die Rubrik der echten Parteienthätigkeit gestellt werden, welche bis dahin nur Verluste erfahren hat.

---

2. Kapitel.

Die Thätigkeit der Parteien.

§ 101.

I. Verhältniß der Parteien zu dem Gericht und zu einander.

Schmid § 69; Osterloh § 83. 115.

I. Die Parteien sind rechtlich unabhängig von dem Gericht in Hinsicht auf ihre Disposition über den Streitgegenstand und den Prozeß (§ 102 ffl.), wenn auch mittelbar das Gericht einen Einfluß durch Zureden u. dgl. auszuüben vermag. In allem Uebrigen sind sie der Gerichtsgewalt unterworfen (§ 53), welche sich darin äußert, daß 1) die legale Sentenz des Richters für sie unabhängig von ihrem Willen Recht macht; daß 2) der Richter den Prozeß durch Handhabung der Prozeßordnung leitet; und daß dieser 3) die Gerichtsdisziplin über sie ausübt.

II. Was die Lage der beiden Parteien zu einander angeht[1]), so ist, wie auch schon das Erforderniß der Zweiseitigkeit (§ 98) ausdrückt, von den Meisten aber emphatischer hervorgehoben wird, als nöthig sein sollte,

A. leitender Grundsatz die Gleichberechtigung, d. h. Gleich-

---

1) Martin § 38; Linde § 118; Heffter § 104. 190; Schmid § 69; Bayer § 22; Osterloh § 121; Wetzell § 5. Nr. 2.

heit vor dem Recht, gleiche Glaubwürdigkeit, gleicher Gebrauch der Rechtsmittel, gleiche Befugniß zu handeln, gleiche Rechte am Prozeß, insbesondere nach der Litiskontestation u. s. w. und, kann man hinzufügen, gleiche Unterordnung unter das Gericht[2]). Aber bei alle dem kann die prozessualische Situation sehr verschieden erscheinen.

1. Von jeher gilt die des Verklagten für vortheilhafter[3]). Während derselbe seine Exzeptionen begründen muß (§ 172), wie der Kläger die Klage, hat der angegriffene Theil den Vorzug, daß ihm gegenüber der angreifende vollständig alle Voraussetzungen der Klage darthun muß, ehe es der besonderen Vertheidigung durch Exzeptionen bedarf[4]). Der Verklagte ist sicher, bis der Kläger positiv und vollständig alle Erfordernisse der Klagebegründung und Klagebewahrheitung geliefert hat[5]).

Als ein weiterer Vortheil wird der Satz: actor sequitur forum rei (§ 57, IV) bemerkt[6]). Man hebt ferner hervor, daß der Verklagte keine Prozeßkostenkaution zu stellen (§ 130, II A.) und nicht zu ediren braucht (§ 217, 14), sowie daß der Kläger sich die Widerklage gefallen lassen muß (§ 175).

---

2) L. 41 de R. I. 50. 17; L. 12 § 4 Cod. de prox. sacr. scrin. 12. 19. — c. 2 X. de mut. pet. 2, 4. — S. über das R.R. überh. Bethmann-Hollweg II § 100.

3) L. 125 de R. I. 50, 17: favorabiliores sunt partes rei quam actoris; Bulgar. § 5; Gaill. I obs. 31 nr. 12; Martin, Vorl. I S. 217. Oder: in dubio pro reo; ein Satz, der nicht blos die natürliche Konsequenz, welche in Not. 5 zu erwähnen, ausspricht, sondern für die kan. Epoche und selbst noch in der Neuzeit die Stimmung bezeichnet, welche den Verklagten (als leidenden Theil) möglichst in Schutz zu nehmen befiehlt. S. darüber Endemann, nat. Grunds. § 11 und unten § 252.

4) Daß die Exz. nach der Eventualmaxime sogleich mitvorzuschützen sind, ändert daran Nichts.

5) Also auch schon das non liquet der Klage ist pro reo; L. 125 cit. Aehnlich: actore non probante absolvitur reus. — Darin liegt denn namentlich der große Anreiz zum Leugnen der Klage, um diese bessere Situation zu erlangen. Daß sie eine um so viel bessere ist, ist eine natürliche Folge der Verhandlungsmaxime und der Trennung der Parteihandlungen (§ 98. 99).

6) Ob dieser, sowie die nachfolgenden Vortheile solchen Namen verdienen, kann man allerdings sehr bezweifeln.

2. Als Vortheil des Klägers wird umgekehrt bezeichnet: actor non condemnatur. Nach der Verhandlungsmaxime ist das Schlimmste, was dem Kläger an sich widerfahren kann, die Abweisung des Klagantrags (§ 96, II C. 2). Ausnahmen treten jedoch ein theils in dem judicium duplex, wo jede Partei als Kläger erscheint[7]), theils in Folge einer Widerklage (§ 175), theils hinsichtlich der Kosten des Prozesses (§ 138).

B. Wenn die Parteien beide in der Prozeßführung der gerichtlichen Leitung unterworfen sind, so erscheinen die deshalbigen Pflichten, obwohl zunächst der Aufsicht des Richters anvertraut, welchem zu diesem Behufe die nöthigen Zwangsmittel zu Gebote stehen, doch nach der Verhandlungsmaxime ebenso leicht als Pflichten der Parteien gegen einander[8]), deren Verletzung von der einen Seite der andern das Recht gibt, die richterliche Hülfe anzurufen.

Man spricht daher allenfalls[9])

1. von einer gegenseitigen Pflicht der Rechtlichkeit und Wahrhaftigkeit[10]).

2. Es soll nicht gegen besseres Wissen (calumniose), es soll vielmehr ohne Arglist oder Chikane gestritten werden[11]).

3. Man soll nicht muthwillig (temere) den Streit erschweren oder verzögern, wogegen eine Pflicht positiver Erleichterung nicht aufgestellt wird.

Man kann begreiflicherweise noch eine lange Reihe dessen,

---

7) S. § 175, I. So nach R.R.; nach heutigen Begriffen will das freilich immer nicht recht passen, wenn kein Zusammenagiren der Theilungsstreitenden in mündlicher Verhandlung, sondern wechselseitige Bitten in getrennten Schriften vorliegen.

8) Bayer § 23; Renaud § 54.

9) In dem frommen Wunsche, dem Prozeß eine sittliche Grundlage zu geben, nachdem seine ganze Anordnung so ziemlich alle Sittlichkeit zerstört hatte.

10) Martin, Vorl. I S. 252; vgl. Seuffert XV, 128. — Diese schützt im mündlichen Prozeß nicht sowohl das Gebot des Gesetzes oder der Doktrin, als vielmehr das eigene Interesse.

11) Martin, das. I S. 251. — Allein die schärfsten Mittel (s. § 127 ffl.) richten Nichts aus gegen den Anreiz, sich hinter der Form zu verstecken, die aus der kanonistisch-künstlichen Gestaltung des Prozesses folgt.

was die Parteien thun oder nicht thun sollen, aufstellen. Ja, man kann schließlich eben wegen der Verhandlungsmaxime alle Thätigkeit der einen Partei als Folge einer Schuldigkeit gegen die andere betrachten, wenn sie auch, dem Wesen des heutigen Prozesses entsprechender, als Befolgung der richterlichen Auflage angesehen wird.

II. Das Dispositionsrecht der Parteien.

§ 102.

A. Umfang derselben.

Martin § 38; Osterloh in § 131; Wetzell § 13.

Da der Civilprozeß Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstande hat, so kann in der Regel, d. h. soweit nicht die Natur des Gegenstandes ein Anderes bedingt, die Privatdisposition der Parteien nicht ausgeschlossen sein.

Nach wie vor kann daher der Berechtigte auch noch während des Prozesses über die Sache, Forderung u. s. w., welche als Objekt seiner Berechtigung erscheint, verfügen. Indessen ist allerdings diese Verfügung durch das Verbot der Uebertragung litigiöser Sachen und Rechte beschränkt (s. § 107, 63). Davon abgesehen aber hängt es namentlich von der Privatdisposition der Parteien ab,

1. ob überhaupt ein gerichtliches Verfahren eröffnet, ob also Klage erhoben werden soll, oder nicht. Es gibt kein Civilprozeßverfahren von Amtswegen ohne Antrag des Klägers. Das würde der Natur der Sache widersprechen.

2. ob nach eröffnetem Verfahren gestritten oder fortgestritten, oder durch Disposition über das streitige Recht oder den Prozeß der Streit erledigt werden soll.

3. inwieweit richterliche Entscheidung ertheilt, oder nach der Verhandlungsmaxime durch Feststellung aus den Parteienhandlungen erspart werden soll.

Hiernach ergeben sich die Betrachtungen der folgenden §§ (103—108).

4. Einen gewissen, wenn auch nur beschränkten Einfluß

(§ 1, IV) können die Parteien endlich auf den Prozeßgang äußern, von dem an den einzelnen Stellen, welche dazu Gelegenheit bieten, zu reden ist.

§ 103.

B. In Bezug auf die Geltendmachung der Rechte.

Osterloh § 121; Wetzell § 13; Renaud § 52 ffl.

I. Während der Verklagte genöthigt wird, auf den Prozeß einzugehen, hängt die Erhebung der Klage und ebenso die Geltendmachung von Einreden, Repliken u. s. w., also jedes aktive Vorgehen, vorausgesetzt, daß alle dazu gehörigen Erfordernisse dargelegt werden können, von dem freien Willen des Berechtigten ab. Nemo invitus ad agendum compellitur[1]). Wenigstens gibt es keinen direkten rechtlichen Zwang. Indirekt oder faktisch kann freilich ein solcher Zwang vorliegen, z. B. weil Verjährung oder Insolvenz droht. Wenn aber einmal in der Verjährung die Idee Raum gewonnen hat, daß es genügt, eine bestimmt begrenzte Zeit hindurch die Möglichkeit der Rechtsverfolgung offen zu halten[2]), so läßt sich davon auch noch weiter Gebrauch machen. Das deutsche Recht[3]) kennt namentlich bei Uebertragungen von Grundeigenthum öffentliche Aufgebote zur Wahrung der Rechte Dritter mit präklusiver Wirkung und das kanonische in ähnlicher Weise Denunziationen bei Wahlen, Eheschließungen u. dgl. Das moderne Recht macht von dieser Bestimmung einer kurzen gesetzlichen oder richterlichen Frist, besonders bei Errichtung von baulichen Anlagen aller Art, häufig noch umfassenderen Gebrauch[4]).

L. 42 de R. J. 50, 17; c. 7 § 8 C. 2 qu. 1; Sachsensp. I 62 § 1; s. auch § 99 II A. — Bad. P.O. § 673; Bair. E. Art. 603. — Martin § 38 Not. c.

2) Weil unterstellt wird, daß sonst der Berechtigte verzichtet und weil die allgemeine Kreditsicherheit (salus publica; daher so oft Prüfung der Verjährung ex officio) eine bestimmte Zeitgrenze erheischt.

3) Nicht das römische; s. Wetzell § 13 noch Not. 5.

4) So z. B. Han. P.O. § 497; Bad. P.O. 682; Braunschw. P.O. § 272; D. E. § 516 ffl. — Ueber die Möglichkeit einer generellen Aufforderung an „alle unbekannten Interessenten“ (Inhaber von au porteur-

II. Eine wahre Ausnahme von der Freiwilligkeit der Rechtsverfolgung liegt auch nicht in der Litisdenunziation, Benennung des Auktors oder Adzitation (§ 77—79). Nur mittelbar wird durch die etwa drohenden privatrechtlichen Folgen auf die Entschließung des Denunziaten u. s. w eingewirkt.

III. Daran schließt sich die allgemeine Aufforderung, welche an alle Interessenten bei dem öffentlichen Verkauf eines Pfandes [5]) oder nach, mitunter sogar schon vor der Konkurseröffnung an alle Gläubiger des Kridars oder insolventen Schuldners ergeht. Allein auch diese sog. generelle Provokation [6]) übt nur einen indirekten Zwang durch die Ausschließung des nicht folgenden Provokaten von dem Verfahren.

Endlich gibt es aber außer diesem rechtspolizeilichen, im Interesse definitiver und umfassender Erledigung aller dahin gehörigen Rechtsverhältnisse gewährten Mittel der Ediktalladung [7])

IV. privatrechtliche Mittel, durch welche, wenn auch nur indirekt die eine Partei auf die Klaganstellung [8]) der andern hinzuwirken vermag; nämlich die sog. speziellen Provokationen, deren zwei vorhanden sind [9]).

A. Die provocatio ex lege diffamari [10]). Im R. R., das gegen schädliche Berühmungen in der actio injuriarum oder calumniae genügende Abhülfe fand, keineswegs begründet, wurde sie von den Glossatoren und Kanonisten im Anschluß an die geläufigen Ediktalladungen aus der L. 5 Cod. cit. gefolgert. Die Berühmung erschien als ein Grund, den Diffamanten vor Gericht

---

Papieren), deren Voraussetzungen und Zweifel s. die bei Renaud Not. 32 angeführten Schriften.

5) nach Gloss. in L. 6 Cod. de remiss. 8, 26.

6) Martin, Vorl. I S. 496; Wetzell Not. 15; Renaud § 53, I.

7) S. über deren Anwendung und Präjudizienandrohung Seuffert, Reg. zu Bd. 11—15 S. 82 Nr. 1.

8) Auf die Geltendmachung von Exzeptionen oder Repliken erstreckt sich das keineswegs.

9) Martin § 98. 255; Osterloh § 121 Not. 13; Bayer, summ. Proz. § 51 ffl.; Wetzell § 13 Not. 21 ffl.; Renaud § 53 (über die Literatur das. Not. 3). — Muther in dem Jahrb. für gem. d. R. II, 2 S. 56.

10) L. 5 Cod. de ingen. manum. 7, 14.

zu laden. Dabei war die Behandlung des Ausbleibens nach dem Kontumazialsystem theilweise eine andere [11]). Jetzt wird allgemein ewiges Stillschweigen für den Fall der contumacia bzw. der Nichtanstellung der Klage binnen der bestimmten Frist angedroht. In ihrer weitesten Ausdehnung wird diese Provokation sogar zu einer negatorischen Klage gegen jede Behauptung von Rechten, auch blos obligatorischer Art [12]). Sie entspringt aus der Berühmung. Die Kanonisten verstanden darunter absichtliche, wenn auch nicht gerade dolose, benachtheiligende oder doch bedrohliche Berühmung [13]). Auch die Reichsgesetze zogen engere Schranken, indem die Provokation [14]) in friedbrüchigen, Schmach- und anderen Sachen, welche letztere als nachtheilige und beschwerende definirt wurden [15]), stattfinden sollte. Allein die moderne Ansicht neigt sich entschieden zur Ausdehnung, und läßt sie, wenn auch die früher mitunter behauptete allgemeine provocatio ad probandum als beseitigt gelten muß [16]), im Ganzen bei jeder Berühmung mit irgend einem bestimmten Rechtsanspruch zu [17]).

Der Antrag geht dahin, daß der Diffamant-Provokat binnen einer richterlich festzusetzenden Frist [18]) die Klage anzustellen habe, widrigenfalls ihm ewiges Stillschweigen auferlegt, d. h. der berühmte Anspruch aberkannt wird. Das Verfahren ist summarisch.

---

11) S. Wetzell a. a. O.; Renaud Not. 5 ffl.

12) Martin, Vorl. I S. 499.

13) Wetzell Not. 41 ffl.

14) Nach dem R.A. von 1532 Art. III § 2.

15) R.K.G.O. von 1555 II, 25. J.R.A. § 83.

16) Wetzell Not. 49.

17) Dafür ist der eben angedeutete Gesichtspunkt der act. negatoria entscheidend. Indessen unterliegen dabei die Ansichten manchen Modifikationen. S. z. B. über dingl. Sachen Seuffert, XVII, 188. Manche wollen sie nur subsidiär zulassen, wo keine negator. Klage existirt (also bei nicht dingl. Ansprüchen); Seuffert XII, 109; XVII, 189. — Ueber das Erforderniß der Bestimmtheit s. das. XII, 109; Berühmung mit betagten oder bedingten Ansprüchen das. XI, 313. — Ganz allgemein z. B. Han. P.O. § 492; Bad. § 673; Bair. E. Art. 604; D. E. § 509.

Um den Diffamationprozeß zu vermeiden, gibt man mitunter jetzt eine Klage auf Anerkennung. Kurhess. Ges. vom 18. Okt. 1863 § 33; Preuß. E. § 224.

18) Also eine einzelne lex der Präklusion, wie sie sonst generell (s. Nr. III) vorkommt.

B. Die provocatio ex lege si contendat, analog der vorerwähnten Provokation unter mannigfachem Streite der Doktrin[19]) aus dem R. R.[20]) hergeleitet, um dem drohenden Verlust der Einreden des Bürgen, insbesondere der Theilung und Vorausklage, vorzubeugen. Der Provokant-Bürge fordert, nach der gewöhnlichen Annahme, ohne seine Einreden begründen und beweisen zu müssen, auf Grund des drohenden Verlustes derselben[21]) den Gläubiger auf, jetzt zu klagen. Leistet letzterer Folge, so kann nun der Provokant seine Einreden benutzen. Leistet er nicht Folge, so wird die Einrede perpetuirt, d. h. die Replik des Verlustes ausgeschlossen[22]). Auch hier ist die Prozedur summarisch.

C. In Bezug auf den Prozeß.

§ 104.

1. Verzicht.

Martin § 319; Linde § 232; Heffter § 506, Schmid § 111; Osterloh § 122; Renaud § 75.

Dadurch, daß ein Recht Gegenstand des Prozesses wird, hört es nicht auf, Privatrecht zu sein, bleibt also Gegenstand des Verzichtes des Berechtigten. Dies gilt sowohl von dem Klag- wie von dem Exzeptionen-, Replikenrecht u. s. w. Dabei muß aber der Verzicht auf das Recht selbst und blos auf dessen bereits begonnene prozessualische Geltendmachung unterschieden werden.

Das R. R. gestattete dem Kläger vor der Litiskontestation, oder später vor der Insinuation [1]) blos, die Klage zurückzunehmen. Indessen konnte auch der Kläger bereits in jure bindend erklären, daß ihm der Verklagte Nichts schuldig sei[2]). Nach

---

19) Wetzell Not. 51 ffl.; Renaud Not. 22 ffl.

20) Nämlich aus L. 28 de fidejus. 46, 1.

21) Han. P.O. § 492; Bad. § 675; Bair. E. Art. 604.

22) Auf das Einzelne näher einzugehen, lohnt nicht der Mühe, weil die prov. ex lege si cont. außerordentlich unpraktisch ist.

1) S. § 107, 41; § 168. — Nov. 112 c. 3; L. 10 Cod. de jud. 5, 1. — Der Kläger verlor ursprünglich nur sein Recht aus dem vadimonium, nicht die Klage.

2) L. 29 § 1 de donat. 39, 5.

der Litiskontestation war einseitiger Verzicht blos auf die Verfolgung nicht mehr möglich; denn die Litiskontestation enthielt die Begründung einer zweiseitigen Judizialobligation, über die einseitig nicht mehr disponirt werden durfte[3]). Soweit aber nach der Litiskontestation Verzicht vorkam, mußte er das Einzige, was bei der konsumirenden Wirkung jenes Aktes (§ 107, IV) noch da war, das prozessualische Recht, ganz und gar ergreifen, also dergestalt definitiv wirken, daß der Vorbehalt einer anderweiten Geltendmachung unmöglich erschien[4]).

Da jedoch seit dem Kan. R. die Litiskontestation jene materielle Bedeutung nicht mehr hat, so ist es unmöglich, daß jeder Verzicht nach derselben definitives Aufgeben des ganzen Rechtes sein soll. Man muß vielmehr seitdem durch den gesammten Prozeß hin unterscheiden:

I. die renunciatio liti facta, Aufgeben der dermaligen prozessualischen Verfolgung, ohne Aufgeben des Rechtes selbst. Eine solche steht,

A. was die Möglichkeit anlangt,

1. vor der Litiskontestation, bzw. vor der Insinuation der Klage dem Kläger vollkommen frei[5]), wobei der verzichtende Kläger selbstverständlich die aus dem Mittheilungsdekret begründeten Rechte verliert und die bisherigen Kosten, auch die bereits dem Verklagten durch sein Auftreten verursachten, zu tragen hat.

2. Nach der Litiskontestation bzw. Klaginsinuation, in jedem Stadium bis zur Endsentenz, ist einseitiger Verzicht nicht mehr möglich[6]). Willigt der andere Theil ein, so hört der Prozeß auf. Willigt der andere Theil nicht ein, so kann dieser die Fortsetzung des Prozesses verlangen, die sich, insofern bei dem Aufgeben des

---

3) Daher konnte der reus, wenn der actor die Sache liegen ließ, als contumax faktisch verzichtete, die Eremodizialverhandlung fordern, s. § 122, 12.

4) L. 4 Cod. de pact. 2, 3. — Ob der Verklagte bei Verzicht des Klägers förmliche Absolution zu fordern hatte, ist eine andere Frage. Wetzell § 46 Not. 6.

5) Vgl. auch z. B. Bad. P.O. § 310; Preuß. E. § 229; sie droht ihm auch als Ungehorsamsstrafe.

6) Han. P.O. § 174 Al. 2; Bair. E. Art. 429; Preuß. E. § 229.

Streites beharrt wird, nach dem bestehenden Kontumazialsystem erledigt. Zufolge des Präjudizes der Ausschließung und des Eingeständnisses hat es daher der Kläger in der Hand, um den Preis eines ihn zurückweisenden Kontumazialerkenntnisses thatsächlich seinen einseitigen Verzicht auf den Prozeß durchzusetzen[7]). Weil dem so ist, behauptet die neuere Praxis mitunter, daß der Kläger den Prozeß jederzeit einseitig aufgeben kann, ohne daß der Verklagte, der zwar Ersatz der Prozeßkosten zu fordern hat und seine Widerklage trotzdem durchführen kann (§ 175, 31), solches zu hindern berechtigt ist[8]). Der Verklagte kann nicht einseitig den Prozeß fallen, sondern nur sich kontumaziren lassen.

B. Jeder derartige Verzicht erstreckt sich nur auf die Instanz, d. h. die zur Zeit anhängige Verfolgung, schließt daher die anderweite Erhebung einer neuen Klage nicht aus[9]). Sehr oft fällt eben das Aufgeben der seitherigen und die Anstellung einer andern Klage oder die Klagänderung, welche, wenn eine wesentliche, allemal zugleich einen Verzicht auf die seitherige Klage enthält, geradezu zusammen (§ 166, 13).

C. Der Form nach kann der Verzicht ein ausdrücklicher oder stillschweigender sein[10]). Das einseitige stillschweigende Liegenlassen erscheint freilich jetzt als contumacia und folglich zunächst nur als Verzicht auf die betreffende einzelne Handlung. Das Liegenlassen von beiden Seiten ist zunächst nur ein faktisches Verhältniß[11]). Bindender Verzicht auf den ganzen Prozeß fordert dem-

---

7) So in L. 5 § 1 Cod. de fruct. 7, 51 angedeutet. Daß das die korrektere Ansicht des R.R. ist, leidet keinen Zweifel. Renaud § 76, 6.

8) So auch Bad. P.O. § 310; D. E. § 220; Renaud § 76, 3—5.

9) Schmid a. a. O. S. 108. — Vgl. Han. P.O. 174; Preuß. E. § 228. 231; D. E. 220 Bad. P.O. § 309. — Nur der Nachtheil traf nach ält. Recht den Kläger, der die Klage liegen ließ, daß er bei Neuanruf Kaution zu bestellen hatte; s. § 130, II B.

10) Daß dazu für den Prokurator Spezialvollmacht nöthig sein soll, läßt sich nach dem Folgenden nicht mehr rechtfertigen. Vgl. § 89, 22.

11) So daß also auch der Nichthandelnde immer wieder Fortsetzung beantragen kann. Moderne Gesetze bestimmen indessen meist eine Frist des Liegenlassens, nach deren Ablauf der ganze Prozeß aufgegeben erscheint, um auf Beendigung des Prozesses hinzuwirken. S. z. B. Bad. P.O. § 296 ffl.; Bair. E. § 464.

nach jetzt eigentlich ausdrückliche Erklärung. Indessen läßt sich auf jenem Wege thatsächlich dasselbe Ziel erreichen.

D. Mit der Renunziation auf Einreden, Repliken, Rechtsmittel u. s. w. muß es gerade so gehalten werden, wie mit dem Verzicht auf die Klage.

II. Renunciatio causae facta, Verzicht auf das Recht[12]). Allein es kann sehr zweifelhaft werden, ob nur auf das Recht in seiner bestimmten Formulirung zu der gerade vorliegenden Klage, oder auf das totale Recht in jederlei Gestalt verzichtet werden soll. Beides ist möglich. Welcher Sinn dem Verzicht unterliegt, läßt sich nur nach dem konkreten Fall interpretiren.

Zu einem solchen Verzicht auf ihr Recht ist jede Partei berechtigt, ohne daß es der Gegner hindern könnte; in jedem Stadium des Prozesses bis zu dem Judikat. Nach dem letztern kommt höchstens noch der Verzicht auf das Judikatsrecht in Frage.

Im Einzelnen gelten durchaus die Regeln des materiellen Civilrechts über Form, Perfektion, objektiven und subjektiven Umfang[13]) der Wirkungen des Verzichts.

Bestätigung von Seiten des Gerichts, obwohl an sich unnöthig, ist wie bei Vergleich, vielfach üblich, um die Konsequenzen, namentlich auch hinsichtlich der Kosten, zu ziehen. Demnach kann denn, wo der Kläger auf sein Klagerecht verzichtet, der Verklagte förmliche Abweisung der Klage mit Verurtheilung des Klägers in die Kosten durch Bescheid verlangen[14]). Der Verklagte kann auf sein Exzeptions- oder Vertheidigungsrecht u. s. w. verzichten, wie der Kläger auf sein Replikenrecht oder die Vertheidigungsrechte, die ihm dem Verklagten gegenüber zustehen. Gewiß ist, daß da-

---

12) Und zwar besonders der Angriffsrechte. Denn der Verzicht auf Vertheidigungsrechte ist Anerkennung, Zugeständniß. — Renaud nennt dies Verzicht auf den Rechtsstreit, im Gegensatz zu blosem Fallenlassen der Klage; s. § 75, Nr. 3; § 76 Nr. 1.

13) Z. B. unter Litiskonsorten, in Solidar- u. Korrealverhältnissen.

14) Daß das nach R.R. nicht nöthig war, ist gewiß. Ebenso gewiß aber auch, daß die neuere Praxis das für nöthig hält; nicht etwa blos bei einseitiger Renunciation, sondern in jedem Falle, um der Konstatirung und Vollstreckbarkeit des Verzichts willen. Vgl. Renaud § 75, 13—15.

durch das betreffende Recht für immer, oder für diesmal, verloren geht. Welche Folgen das sonst für die Entscheidung hat, ist Sache der weiteren Prüfung. Vollständige Beendigung des Prozesses liegt nur im Verzicht auf das Klagerecht.

§ 105.

2. Anerkennung.

Martin in § 128; Bayer in § 222; Wetzell § 14 Not. 1 ffl. — Im Uebrigen s. unten § 197, da die Meisten die Anerkennung nur unter der Rubrik des Geständnisses behandeln. So auch Renaud § 104. 108.

I. Die Anerkennung erscheint theils als Verzicht auf die Vertheidigung wider den Anspruch des Gegners, theils als positive Bestätigung oder Einräumung des gegnerischen Anspruchs. Beförderung der Streiterledigung in diesem Sinne liegt allen Prozeßrechten am Herzen (vgl. § 94)[1]). Allein die Methode, eine Anerkennung zu erlangen, und deren Wirkung kann sehr verschieden sein[2]).

A. Im R. R. diente

1. zur Zeit des ordo judiciorum[3]) wesentlich der Abschnitt in jure dem Versuche einer Streiterledigung ohne Sentenz. In der Verhandlung vor dem Magistrat liegt die Aufforderung und der Zwang zur Antwort auf den Anspruch des Gegners[4]). Wird diesem Anspruch von dem andern Theile zugestimmt, so bildet eine solche confessio in jure einen formell abschließenden Rechtsakt[5]), der mit der Wahrheitsfeststellung Nichts zu thun hat, vielmehr

---

1) Zumal eine gute Anzahl der Prozesse weniger in dem Nichtleistenwollen, als in dem Nichtleistenkönnen ihren Grund hat.

2) Vgl. dazu Endemann, Beweislehre § 33 ffl.

3) Ueber die Zeit der leg. act. s. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. I S. 116.

4) Daß auch eine conf. in jure (der Nichtschuld) Seitens des Klägers vorkommen kann, die nichts Anderes ist, als ein Aufgeben des Klagerechts, s. § 104 Not. 2.

5) Rudorff, R.G. II § 66; Bethmann-Hollweg a. a. O. II § 105 u. Versuche S. 250 ffl.; Endemann, Beweislehre S. 121. — Analog der außergerichtlichen Stipulation.

lediglich sich als Ausfluß des dispositiven oder obligatorischen Willens darstellt. Er gilt, weil der confessus sich schuldig bekennen wollte[6]), ohne daß der Richter darnach zu fragen hat, ob die confessio wahrheitsgemäß oder richtig sei, wenn sie nur verbindlich ist.

In dem Stadium des judicium mochte eine derartige Vereinbarung zwar nicht geradezu unmöglich sein, allein darauf war nach der fruchtlos verstrichenen Gelegenheit in jure wenig mehr zu rechnen. Auch fehlte hier die Solennität der Abmachung, die dort in dem Umstande lag, daß coram magistratu verhandelt wurde[7]).

2. Im nachdiokletianischen Prozeß besteht die äußere Unterscheidbarkeit der confessio in jure nicht mehr[8]). Dadurch trat bereits vielfach Vermengung mit dem Geständniß von Thatsachen ein (§ 197, I). Allein der innere Unterschlied zwischen dispositivem Einräumen des Rechtes und bezeugendem Einräumen der Wahrheit blieb vollständig bestehen. Eine Anerkennung des Rechtes konnte jetzt, wenn auch dazu besonderer Anlaß bei der ersten Eröffnung des Streites, um die Litiskontestation zu ersparen, war[9]), im ganzen Verlaufe des Prozesses vorkommen. Um so mehr war Grund, die Natur einer jeden einzelnen confessio nach Maßgabe des eben gedachten Gegensatzes zu untersuchen.

B. Im kanonistischen Prozeß mangelt nicht nur die Trennung des jus und judicium; durch die juridische Theorie der Wahrheit wird auch der innere Unterschied des dispositiven und des beweisenden Geständnisses verwischt. Denn auch das letztere wirkt nun nicht deshalb, weil und soweit es materiell wahr ist, sondern es ist innerhalb der gesetzlichen Beweislehre formell ob-

---

6) Die Eröffnung des Prozesses vor dem Magistrat richtet an den Verklagten die Frage, ob er „schuldig plaidiren" will, oder nicht. Spätere einzelne Einräumungen haben, abgesehen von den interrogationes in jure (s. § 111, V), nur den Werth der in § 197 darzustellenden confessiones.

7) Daher immer noch Beweis nöthig; Bethmann-Hollweg II § 108 Not. 52.

8) Endemann a. a. O. S. 129.

9) Denn durch unbedingtes Einräumen wird der Streit und die Sentenz unnöthig. Bethmann-Hollweg III S. 254.

ligirend (s. § 198). Dazu kam, daß in dem der Schriftlichkeit zustrebenden Prozeß nirgends mehr eine Aufforderung an die Gegner erging, das beanspruchte Recht in seiner Totalität einzuräumen, sondern daß vielmehr bei der Zerspaltung des Prozesses in lauter einzelne Termins- oder Schrifthandlungen (s. § 98) jede einzelne Handlung zunächst nur die Aufforderung enthielt, gerade nur sie oder gar nur einzelne in ihr enthaltene Behauptungen zuzugestehen.

Es erklärt sich daher, daß der Unterschied zwischen dem dispositiven Einräumen des Rechtes und dem bezeugenden Einräumen der Thatsachen allmählig ganz verloren ging. An die Stelle der Unterscheidung nach dem Inhalt trat die Unterscheidung nach der äußeren Form, nämlich zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Geständniß [10]).

C. Erst im modernen Prozeß, wenn auch die Theorie regelmäßig die Lehre noch wenig gesichtet hat, macht sich instinktiv wieder der Gegensatz von Einräumen des Rechts und der Thatsachen geltend; hauptsächlich deshalb, weil die Verhandlungsmaxime und die legale Beweistheorie, welche auch das Thatsachengeständniß lediglich als eine Obligation erscheinen lassen [11]), abgeschwächt sind. Man fühlt doch, daß nicht der Umstand, ob gerichtlich oder ob außergerichtlich zugestanden wird, sondern der, ob nur durch das aus Wahrheitsüberzeugung oder Nichtleugnenkönnen hervorgegangene Zugeständniß die Wahrheit bezeugt, oder ob kraft des dispositiven Willens das Recht anerkannt werden soll, das Entscheidende ist [12]). Man muß daher das Geständniß als Beweisargument und das Geständniß oder die Anerkennung als Dispositionsakt wohl trennen.

II. Inhalt der Anerkennung in diesem letztern Sinne ist nach der heutigen Beschaffenheit des Prozesses allerdings nicht

---

10) Die näheren Nachweise s. Endemann, Beweislehre S. 131 ffl. — Cf. Pill. p. 19; Tancred. p. 193; Durant. II 2 de conf. Lanfranc. de Or. rubr. de confess. —

11) S. § 197, I B. Endemann a. a. O. S. 147.

12) Vgl. dazu auch Wetzell § 14 z. A. u. § 19 Nr. 1. — Darauf zielen auch die neueren Ges. ab, Han. P.O. § 117; Kob. Ges. v. 1858 Art. 41, welche das unumwundene Zugeständniß des ganzen Klaganspruchs als etwas Besonderes behandeln.

mehr blos das ganze Klagerecht [13]), sondern auch die Einrede, ein einzelner Punkt, der als Unterlage des Rechtes dient, ja selbst einzelne Thatsachen [14]). Denn derselbe Effekt tritt ein, ob das Recht selbst zugestanden wird, oder die Thatsache, aus der das Recht sofort folgt [15]). Wesentlich gehört zu dem Begriff, daß die Einräumung zum Vortheil des Gegners gereicht [16]).

III. Die Voraussetzungen einer gültigen Anerkennung sind:

A. ein geeigneter, d. h. der Privatdisposition fähiger Gegenstand. Sie ist daher ausgeschlossen in Status-, Ehesachen u. dgl. Ebenso kann nicht Unmögliches oder rechtlich Verbotenes dadurch festgestellt werden [17]).

B. Dispositionsfähigkeit des Anerkennenden. Denn die Anerkennung ist Rechtsakt [18]). Anerkennen kann nach R. R. nur die Partei persönlich [19]), nicht der Vertreter. Allein da heut' zu

---

13) Wie bei der röm. confessio in jure L. 6 § 2 h. t. 42, 2; L. 3. 5. 7 eod.; ebenso bei dem jur. delatum.

14) Renaud § 104 z. A.

15) Insofern kann auch dem Thatsachengeständniß ein oblig. Element innewohnen; Bethmann-Hollweg II S. 596 Not. 57; Wetzell § 19 Not. 6; und es muß ihm innewohnen, soweit das Thatsachengeständniß nach der gesetzl. Beweislehre unbedingt an die (jurid.) Wahrheit bindet. Alsdann kann durch Zugeständniß der Wahrheit der unterliegenden Thatsachen derselbe Effekt erreicht werden, wie durch Anerkennung des daraus entspringenden Rechtsanspruchs. — Allein immer bleibt es ein großer logischer Unterschied, der sofort sich praktisch geltend macht, wenn das Thatsachengeständniß (im Systeme der realen Wahrheit) nicht absolut bindend erscheint, ob die Thatsachen zugestanden werden, weil man sie als wahr anerkennen muß, oder weil man unbekümmert um die Wahrheit sich schuldig bekennen will. — Hier zeigt sich wieder der Gegensatz des mündlichen Prozesses, der zur Anerkennung des ganzen Rechts (zum „Sich schuldig plaidiren") des Verklagten auffordert, während in dem schriftl. Prozeß die Aufforderung zur Anerkennung (s. § 111 a. E.) in jeder einzelnen Handlung und Behauptung liegt, also sich zerspaltet.

16) Savigny VII S. 41; Renaud § 104, 2.

17) Osterloh § 134; Endemann a. a. O. S. 155 ffl.; Renaud Not. 36.

18) Osterloh das. Not. 10; Martin, Vorl. II S. 31. — Daher nicht der Pupill ohne Vormund; L. 6 § 5 de conf. 42. 2; nicht der Kridar u. s. w. Langenbeck, Beweisf. S. 135 ffl.; Renaud Not. 5.

19) L. 6 § 4 h. t. Bethmann-Hollweg II § 105, 2.

Tage jedenfalls der Prozeßvertreter einräumende Antwort auf die einzelnen Thatsachenbehauptungen abgeben kann, so wäre es ein Widerspruch, die totale Anerkennung demselben zu versagen. Zum Schutz der Partei dient auch hier das Recht des Widerrufs binnen drei Tagen bzw. der Restitution wegen Instruktionswidrigkeit (§ 198, 3).

C. Der animus confitendi, d. i. die erkennbare Absicht, den Anspruch einräumen zu wollen[20]). Ob ausdrücklich oder stillschweigend, namentlich per contumaciam, ist einerlei. Nach R. R. mußte sie ausdrücklich[21]), dem Gegner persönlich oder dessen Vertreter gegenüber[22]) erfolgen. Im schriftlichen Prozeß genügt auch stillschweigende Annahme von Seiten der Gegenpartei, die um so mehr vorausgesetzt werden kann, als die Anerkennung Vortheil darbietet. Sie liegt jedenfalls in der nächsten Handlung, welche die confessio nicht zurückweist[23]). Durch die Annahme wird die letztere perfekt, bis dahin kann sie als einseitige Erklärung jedenfalls widerrufen werden[24]).

D. Um als gerichtliche zu erscheinen, muß die Anerkennung im legalen Prozesse vor dem kompetenten Richter abgegeben sein[25]). Allein, wenn die Anerkennung Nichts ist, als ein dispositiver Rechtsakt, so erhellt leicht, daß die außergerichtliche Anerkennung, sofern sie nur durch den ernstlichen Vertragswillen der Betheiligten wirklich perfekt geworden, durchaus denselben Anspruch auf Geltung hat, wie die gerichtliche. In dem System der formlosen Verträge begründet die Solennität, welche in der Erklärung vor

---

20) Endemann a. a. O. S. 152; L. 142 de R. I. 50 17. Renaud Not. 27.

21) Endemann, das. Not. 12 ffl.

22) L. 6 § 3 h. t. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 540 Not. 4.

23) Endemann a. a. O. Not. 23 ffl.; Renaud § 104, 18. 19. Vgl. § 198, 8. Für die erste Rechtsanerkennung kann es sich freilich nur um die Akzeptation des andern Kontrahenten handeln.

24) Brackenhöfft, Erört. S. 363. 407; Langenbeck, Beweisführung S. 126. — Ueber den viel weiter gehenden Widerruf des R.R. s. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 543.

25) Nur unter dieser Bedingung lag auch eine römische conf. in jure vor; Bethmann-Hollweg S. 540, 3. Vgl. c. 4 X. h. t. 2. 21.

dem Richter liegt, keinen Vorzug mehr[26]). Vollends für die obligatorische Wirkung ist es einerlei, ob sie in dem schwebenden Prozeß, oder in einem andern erfolgt ist[27]).

IV. Die Wirkung der Anerkennung[28]) besteht nicht darin, daß sie beweist, sondern darin, daß sie obligirt[29]). Sie erspart mithin das Richterurtheil, was freilich auch von dem Thatsachengeständniß, sofern es den Richter formell bindet, gesagt werden kann[30]). In welchem Umfang die Anerkennung objektiv und subjektiv wirkt, ist theils Sache der konkreten Auslegung, theils hängt das von denselben Gesichtspunkten ab, wie die Wirkung der res judicata (§ 145 ffl.). Sie wirkt also zunächst nur unter den Kontrahenten und deren Rechtsnachfolgern.

Einer Sentenz, die nach R. R. vollkommen unnöthig war[31]), bedarf es, wenn das Geständniß zunächst nur Thatsachenanerkennung ist, allenfalls noch, um daraus die Konsequenzen zu ziehen. Aber auch bei wirklicher Rechtsanerkennung fordert der gemeine Prozeß Bestätigung durch Richtersentenz um der Vollstreckbarkeit willen (§ 251, II). Erst neuere Gesetze (Not. 12) erklären,

---

26) S. dazu Bähr, die Anerkennung 1867 und in Ihering's Jahrbb. II S. 282. 367. — Renaud S. 257 leugnet den Anerkennungsvertrag (als außergerichtlichen) total, weil er (quod erat quaerendum) darin nur eine „unrichtige Identifizirung der Absicht, dem Gegner einen Beweis in die Hand zu geben, mit dem Willen, sich zu verpflichten", sieht. S. auch zu der weiteren Lit. dieser vielbesprochenen Lehre (worüber zu vgl. Zeitschr. für Handelsrecht X S. 551) Unger in Ihering's Jahrbb. VII S. 179. Daß mit solchen Gründen die Anerkennung nicht zurückgewiesen werden kann, ist klar. — Vgl. § 197.

27) Das ist nur eine Schwierigkeit des Thatsachenzugeständnisses innerhalb der legalen Beweistheorie, die Frage, was die in einem andern Prozeß abgelegte confessio (in jure, i. e. judicialis) beweist; s. § 199.

28) Ueber die eigenthümlichen Wirkungen der röm. conf. in jure, die in dieser Weise für uns nicht mehr existiren, s. Bethmann-Hollweg S. 542 ffl.

29) Endemann a. a. O. S. 158; über das Verhältniß zur causa s. das. S. 163 ffl.

30) Man kann sie auch Beweissurrogat nennen, aber nicht in dem Sinne, wie das Geständniß des § 198, III, sondern in dem Sinne, daß nach Beweis und nach den Thatsachen überhaupt nicht zu fragen ist, wo Vertragserledigung eintritt. Renaud S. 247.

31) Bethmann-Hollweg S. 545, 26.

wenigstens bei dispositiver Anerkennung des ganzen Klageanspruchs, die Sentenz für unnöthig, setzen sie also wieder unmittelbar an die Stelle der Kondemnation[32]). Von einem einseitigen Widerruf der einmal perfekt gewordenen Anerkennung[33]) kann nicht die Rede sein. Es gibt nur eine der Vertragsnatur entsprechende zweiseitige Auflösung; wie denn auch Anfechtung nur, wie bei andern Vertragsakten, aus dem Gesichtspunkt des Irrthums, Zwanges, im Wege der deshalb gewährten Mittel u. s. w. stattfindet. Die objektive Unwahrheit allein ist nie ein Grund der Anfechtung[34]).

§ 106.

3. Vergleich.

Martin § 319; Linde § 6. 165; Heffter § 506; Schmid § 111; Osterloh § 16; Wetzell § 45, 10; Renaud § 75.

I. Der Vergleich ist in Beziehung auf den Prozeß eine Uebereinkunft der Parteien, wodurch der Streit ganz oder zum Theil erledigt wird[1]). Die Befugniß dazu entspringt aus dem Dispositionsrecht der Parteien über den Streitgegenstand und den Prozeß. Der Umfang kann sehr verschieden sein. Namentlich kann auch hier entweder nur der Prozeß, oder das ganze Rechtsverhältniß vergleichsweise geordnet werden. Gelegenheit dazu ist durch den ganzen Prozeß hin geboten[2]).

---

32) Renaud Not. 39.

33) Womit der oben III B. a. E. erwähnte Widerruf nicht zu verwechseln.

34) Renaud S. 249.

1) Man denkt dabei bes. an das pactum de re dubia et lite incerta; L. 1 de transact. 2, 15; bzw. an ein wirkliches oder vermeintliches Aufgeben des strengen Rechts. Indessen kann man jede vertragsmäßige Feststellung, welche die Kognition erspart, so nennen. Der Gegensatz von Verzicht und Anerkennung liegt darin, daß dort die Initiative von der einen Seite ausgeht, während hier beide Theile sich gleichsam entgegenkommen.

2) Im R.R., s. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. I S. 119; Rudorff, R.G. II S. 210 Not. 11, war das jus der geeignetste Ort, um ohne weitere Solennität coram magistrato eine transactio ein-einzugehen, die gleich der res judicata das streitige Verhältniß kon-

II. Voraussetzung eines gültigen Vergleichs ist, wie bei der Anerkennung (§ 105, III), ein geeignetes, d. h. der Privatdisposition unterliegendes Objekt, und Dispositionsfähigkeit der Kontrahenten. Der Prokurator bedarf dazu Spezialvollmacht[3]). Irgend welche Förmlichkeiten sind nicht erforderlich. Auch der außergerichtlich geschlossene Vergleich ist wirksam; nur daß er, wenn ihm die Parteien, anstatt sich mit den daraus entspringenden Klage- oder Einrederechten zu begnügen, unmittelbare Folge in dem Prozeß verschaffen wollen, denselben dem Gerichte anzeigen müssen.

Denn exigibel wird auch der gerichtlich abgeschlossene oder dem Gerichte angezeigte Vergleich nach dem heutigen Gebrauch[4]) erst durch die bestätigende Sentenz des Gerichts, welches die Legalität des Vergleichs zu prüfen hat und darnach den widerrechtlichen Vergleich zu verwerfen befugt ist[5]).

III. Die Wirkungen sind die des Vertrags. Anfechtung des Vergleichs kann daher nur wegen Irrthums oder Zwangs stattfinden[6]). Gegen die bestätigende Sentenz finden zwar Rechtsmittel statt (§ 232, I A. 3), allein nicht wegen des Vertragsinhaltes, sondern nur wegen eines Fehlers der Bestätigung.

IV. Je langwieriger und unzuverlässiger der Prozeß geworden, desto eifriger ist dem Richter zur Pflicht gemacht worden, auf vergleichsweise Einigung hinzuwirken[7]), sogar von Amtswegen. In

---

sumirt. L. 20 Cod. de transact. 2, 4; indessen konnte sie auch an anderer Stelle, selbst post rem judicatam, L. 7 pr. h. t. 2, 15; L. 23 § 1 de cond. indeb. 12, 6, und außergerichtlich vorkommen. L. 28 Cod. h. t. 2, 4. Daran schließt sich denn das Institut des Schiedseides in seiner ursprünglichen Gestalt allernächst an (§ 201, I). — Ueber die kanonist. Doktrin s. Gaill. obs. II, 70 sqq.

3) L. 60 de procur. 3, 3; s. oben § 87, 22.

4) S. dag. L. 20 Cod. h. t, 2, 4; c. 1 X h. t. 1, 36.

5) Nur wenn auf den gerichtl. Vergleich gar keine Sentenz mehr erfolgt, ist Veranlassung, den außergerichtlichen, der zwar die actio erlöschen macht, aber nur „berechtigt, ein abweisendes Erkenntniß zu verlangen", dazu in Gegensatz zu stellen; vgl. Renaud Not. 20 ffl. — Vgl. Seuffert XVIII Nr. 244.

6) L. 2. 13. 29. 42 Cod. h. t. 2, 4. Seuffert XIII Nr. 142; XV Nr. 128. — Keine Anfechtung wegen laesio enormis s. L. 78 § 16 ad S. C. Treb. 36, 1; Vangerow, Pand. § 611 Anm. Nr. II.

7) c. 11 X de transact. 1, 36; J.R.A. § 110. Osterloh Not. 17.

jeder Lage des Prozesses[8]), wo möglich gleich zu Eingang desselben[9]) soll der Richter befugt sein, einen Sühneversuch, wozu er auf persönlichem Erscheinen der Parteien bestehen mag[10]), anzustellen, dieserhalb Vorschläge zu machen und Verhandlungen, die zu einem förmlichen Inzidentverfahren führen können, einzuleiten[11]). Oft bleibt es hiernach nicht einmal bei bloser Empfehlung des Vergleichs; und jedenfalls ergibt sich so viel, daß dem Wesen des modernen Prozesses entsprechend selbst der Vergleich nicht lediglich als Ergebniß der freien Eigenthätigkeit der Parteien zu betrachten, sondern vielmehr unwillkürlich unter die Leitung und Kognition des Gerichts gestellt ist. Faktisch wird derselbe häufig mehr von dem Gerichte gemacht oder gestiftet, als von den Parteien aus eigener Intention geschlossen[12]).

D. In Bezug auf die Grundlage der richterlichen Kognition.

§ 107.

1. Feststellung des Streites. Litiskontestation.

Martin § 153; Linde § 204; Heffter § 310; Schmid § 98; Bayer § 180; Osterloh § 190; Wetzell § 14; Renaud § 72 ffl. — Die weitere Literatur s. im Folgenden.

I. Das Institut des litis contestatio, Streitbefestigung, wird auf die Grundlage des R.R. zurückgeführt, hat jedoch so be-

---

8) Brunnem. tr. jur. c. 2 nr. 12.

9) Häufig sind in manchen Gesetzen Sühneversuche vor der Klage, zumal vor Friedensgerichten (in diesem Sinne den Engländern unbekannt; Rüttimann § 149, vgl. über die Bedeutung der engl. Friedensrichter Gneist, Gesch. des Selfgov. I § 32 ffl.), die erst den Laufpaß ertheilen müssen, vorgeschrieben; eine Institution, die im Ganzen ein testimonium paupertatis für die ordentlichen Gerichte ist, sofern nicht bei deren Begünstigung das Streben nach „Volksgerichten" mitwirkt. Nach andern ist dies nur eine Befugniß des Klägers. Vgl. Han. P.O. § 175; D. E. § 222; Bair. E. Art. 201. Renaud Not. 4.

10) S. § 86, 5. Martin, Vorl. II S. 447.

11) Han. P.O. 176; D. E. § 223; Preuß. E. § 275; Lüb. P.O. § 13; Bad. P.O. § 289 ffl.

12) Mitunter wird sogar die statistische Notiz über möglichst zahlreiche Vergleichserledigungen einem Richter zu besonderem Lobe angemerkt; insofern mit Recht, als nicht der Geist des Prozesses von selbst, sondern der Richter das wirkende Element ist.

deutende Umwandlungen erfahren, daß von dem Wesen des röm. Instituts wenig übrig geblieben ist.

A. In dem röm. Prozeß erscheint die erste Gerichtsverhandlung nach dem ganzen echt privatrechtlichen, auf Selbstthätigkeit der Parteien gegründeten Zuschnitt so sehr zugleich dazu bestimmt, eine Erledigung der Sache ohne das äußerste Mittel eines Richterspruchs herbeizuführen, daß es eigentlich von Haus aus noch ungewiß bleibt, ob die Parteien auf eine Sentenz provoziren werden, oder nicht.

1. Schon im Verfahren der legis actiones forderte man daher bestimmten Ausdruck, daß der Verklagte nicht durch confessio oder sonstigen Vertrag die Sache abmachen, sondern den wider ihn erhobenen Anspruch bestreiten will[1]). Litis contestatio war die bindende Erklärung der Parteien, daß sie Erledigung durch Richterspruch wollen, verbunden mit einer solennen Aufrufung von Zeugen[2]), durch welche die mündlich verhandelte Lage des Streitverhältnisses festgestellt wurde.

2. Zur Zeit des ordo judiciorum erschien es alsdann gewiß, daß die Parteien Sentenz begehren, wenn der Abschnitt in jure verlaufen war, ohne daß sie von den ihnen zur Verfügung gestellten Mitteln eigener Streitbeendigung, Vergleich, confessio in jure, juramenti delatio, Gebrauch gemacht hatten. Die litis contestatio lag auch jetzt da, wo die Parteien erklären, daß sie Sentenz, und da diese regelmäßig nur von einem judex privatus erfolgen konnte, Anordnung eines judicium zu diesem Behufe verlangten. Zu einer litis contestatio war mithin nur Veranlassung, wo es zu einem Judizium kommen sollte, wo also unter den Parteien die thatsächliche Wahrheit irgend wie bestritten blieb. Hier machten sich die Streitenden verbindlich, das Ende ihres Streites aus dem Spruche des judex zu nehmen[3]).

---

1) Bethmann-Hollweg, I § 36. 37. 49. — S. auch Keller, röm. Civ.-Proz. § 59; Rudorff II. § 71.

2) Daher der Name nach Festus, s. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 177; Savigny VI § 256; Danz, der sakrale Schutz, 1857 S. 201 ffl.

3) Bethmann-Hollweg II § 102. — Ueber diese Zeit s. bes. noch Keller, Litiskont. und Urtheil § 1—6; Puchta, Kurs. § 172; Savigny, Syst. VI S. 8 ffl.

Einer Zeugenaufrufung aber bedurfte es nicht mehr, seit die schriftliche Formel, welche der Magistrat gab, in einfacherer und zuverlässigerer Weise das Resultat der Verhandlung in jure fixirte[4]).

Getreu dem Geiste des ganzen Prozesses erschien die Litiskontestation als ein Quasikontrakt der Parteien, durch den das alte Rechtsverhältniß konsumirt[5]) und die Basis des künftigen Judikats, nämlich die Obligation, sich dem zu unterwerfen, was die Sentenz erkennen werde, begründet wurde[6]).

Eben wegen dieser materiellen Bedeutung überdauerte die Litiskontestation den Formularprozeß. Sie zeigt sich

3. noch in der nachdiokletianischen Zeit. Zwar war die Scheidung von jus und judicium hinweggefallen, mithin nicht mehr Gegenstand der Parteienentschließung, ob sie einen judex nehmen wollten. Es mußte ferner unter dem Beamtenreichthum die freie Selbstbestimmung der Parteien und folglich die Rücksicht auf die Möglichkeit einer Streitbeendigung ohne Richterspruch immer mehr zurücktreten. Allein immerhin blieb doch die Gelegenheit, durch Vergleich, Anerkennung oder Eid die richterliche Kognition zu ersparen, erhalten[7]). Die Litiscontestation war also nach wie vor die Erklärung, streiten und richterlich entschieden haben zu wollen[8]). Sie lag da, wo aus der Behauptung des Klägers und der Erklärung des Verklagten jene Absicht hervorging[9]). Regelmäßig war das im ersten Termine der Fall, insofern daraus[10]) die Gewiß-

---

4) Bethmann-Hollweg das. Not. 16.

5 S. darüber außer Keller, a. a. O. Buchka, die Lehre vom Einfl. des Proz. auf das materielle Rechtsverh. 1866; Becker, die proz. Consumtion 1853; Windscheid, die act. des röm. Civilr. 1856 § 8. 9 und Pand. I § 124 ffl. Vangerow, Pand. I § 159. 160; Krüger, proz. Consumt. und Rechtskraft. 1864.

6) Das Nähere hat Bethmann-Hollweg § 103 zusammengestellt.

7) Bethmann-Hollweg, III § 153.

8) Wetzell Not. 29.

9) Wetzell Not. 30. Osterloh Not. 2. Man muß daher die litis contestatio keineswegs mit der litis conjectio, der Auseinandersetzung des thatsächlichen Fundaments, verwechseln; s. Rudorff II § 76.

10) Durch die narratio und contradictio; L. 14 § 1 Cod. de jud. 3, 1.

heit hervorgeht, daß keine andere Erledigung zu Stande kommt [11]). In diesem Sinne existirte sie noch im justinianeischen Recht [12]).

B. Wenn der kanonistische Prozeß in demselben Sinne von einer Litiskontestation sprach, wie das spätere römische Recht [13]), so fehlte doch nun vollends die ursprüngliche Unterlage. Die Idee, daß die Parteien möglicherweise selbst den Streit erledigen möchten, wurde immer fremder. Mit dem Anruf des Gerichts war schon das Ziel der Entscheidung durch die gerichtliche Autorität aufgestellt.

Die Litiskontestation konnte daher nicht mehr die Funktion haben, kenntlich zu machen, ob überhaupt gestritten werden sollte. Sie sank vielmehr zu einem Akt herab, welcher formell feststellte, ob und inwieweit in der Sache selbst gestritten werde. Man fand sie in der Erklärung auf den Inhalt des Klaglibells [14]). Allein ehe es dazu kam, war der ganze Streit um die Legalität der Klage und die Verpflichtung, die Klage zu beantworten, also die Verhandlung der prozeßhindernden und dilatorischen Einwände, bereits durchgemacht, und insofern bereits faktisch dargethan, daß gestritten und Sentenz gefordert wurde [15]). Daher begreift sich denn, daß sogar die affirmative, einräumende Erklärung auf den materiellen Inhalt des Klaglibells nun als Litiskontestation erschien [16]) und daß umgekehrt das Vorschützen einer sachlichen Einrede (exc. peremtoria) nicht für Litiskontestation galt [17]).

Die Litiskontestation ist mithin der rein formale Akt [18]) der durch das Prinzip der Zweiseitigkeit (§ 98) erforderten Responsion

---

11) Vgl. hierzu Wieding, der justin. Libellprozeß § 13 u. 15 (indessen viel zu künstlich).

12) L. 14 § 1 Cod. de jud. 3, 1. Nov. 53 c. 3.

13) c. un. X. h. t. 2, 5; per petitionem in jure propositum et responsionem secutam. —

14) Damas. tit. 20; Pillius II pr. u. § 1 Tancred. III tit. 1 § 2; Grat. II tit. 1 § 3. Scacc. de jud. I c. 103.

15) Vgl. bs. Grat. l. c. § 1. 2. u. Durant. II, 2 h. t. Scacc. l. c. nr. 1.

16) Wetzell Not. 34.

17) c. 1. 2. VI h. t. 2. 3.

18) Zugleich wesentlich einseitiger Akt; denn selbst wenn vorläufig die Klage nochmals verlesen wird, so ist doch nimmermehr an eine zweiseitige, kontraktsähnliche Handlung der Parteien im Sinne des röm. R.

auf den Inhalt der Klage, wodurch dem Richter konstatirt wird, ob in der Sache selbst noch gestritten werden will, oder nicht[19]). Was von deren Fundament im Einzelnen geleugnet und in Streit gezogen werden soll, das stellt sich erst später in besonderer Weise fest (s. § 108). Sie ist nur das exordium et fundamentum des eigentlichen Judiziums; gekennzeichnet durch die an diesem Punkt erforderte Ableistung des Kalumnieneides (§ 129, 6). Als formelle Erklärung, wie sich der Verklagte dem noch gar nicht die Thatsachenbehauptungen, welche vielmehr erst nach der Litiskontestation in Gestalt der Positionen auftreten (s. § 111, 12), aufstellenden Klaginhalt gegenüber zu benehmen gedenke, ist sie kaum noch eine Erscheinung eigener Art. Denn es erhellt leicht, daß in demselben Sinn jedesmal eine Erklärung auch im ferneren Verlauf des Prozesses noch vorkommen muß, wo von der einen Seite irgend welche Behauptungen dargebracht werden[20]). Mit Recht zählte man daher die litis contestatio zu den Solennitäten, die entbehrlich erschienen, wo ohne die volle Strenge des Prozesses verfahren werden konnte[21]).

C. In dieser Weise eignete sich auch der deutsche Prozeß[22]) den Begriff der Litiskontestation an[23]). Nach Erledigung der Fragen über die Schuldigkeit zur Einlassung geschieht die Kriegsbefestigung durch die Antwort auf den Klaginhalt, welche jetzt, nachdem

---

zu denken. Die Litiskont. ist der Akt des Verklagten der bereits fertigen Klage gegenüber.

19) Die lit. cont. dient also von nun an vornehmlich den Zwecken des Gerichts, nicht der Parteien. Daher nimmt schon Grat. l. c § 3 an, daß sie auch geschieht ad interrogationem judicis.

20) Durant. l. c. § 5.

21) De plano sine figura jud. Lanfranc. pract. causae deleg. et summ. (fol. 131), Marant. VI de lit. cont. nr. 2.

22) Ueber das altgerm. Verf., in dem sich an Antwort u. Widerrede, wenn diese keine confessio bringt, die Beschwörung der Schöffen, das Urtheil zu finden, anschließt, s. Siegel, Gesch. des d. G.-V. I. § 20. 21.

23) K.G.O. von 1508 tit. 1 § 4; K.G.O. von 1555, III 13 § 4. Wetzell Not. 33. Osterloh Not. 4. — Gaill. obs. I, 73 sqq. Carpzov. proc. jur. tit. 10; Brunnem. c. 14; daß in camera imp. ihr Mangel nicht als Nullität galt, das. nr. 4. 5.

die Klage nicht einmal mehr vorgelesen wurde[24]), durchaus als einseitige Handlung des Verklagten auftritt[25]).

Zunächst verlor sich das sichtliche Merkmal des Kalumnieneides (§ 129, 7).

Eine wichtigere Umwandlung aber brachte die unter dem Namen der Eventualmaxime bekannte Verkürzung, welche verordnete, daß nicht nur die peremtorischen Einreden gegen die Klage sofort mit der Einlassung auf den Klaginhalt, sondern auch, daß diese Einlassung sofort mit den dilatorischen und prozeßhindernden Einwänden zu verbinden sei. Seitdem ist die Litiskontestation Bestandtheil der ersten Erklärung, welche auf die Klage erfolgt. In diesem Sinne besteht sie nach gemeinem Prozeßrecht noch jetzt.

Aeußerlich dem römischen R. wieder ähnlicher, ist sie doch innerlich noch immer davon ganz verschieden. Denn sie ist nicht die Erklärung, daß überhaupt die Parteien streiten wollen, sondern die formale Fixirung des Prozeßstoffs durch die Antwort des Verklagten auf den Inhalt der Klage, wodurch für den Richter aus einer Vergleichung mit dem letztern sich ergibt, was von den thatsächlichen Behauptungen streitig erscheint, und was nicht[27]). Anstatt der sachlich-materiellen Bedeutung nach R. R. hat sie immer noch im Wesentlichen nur eine prozessualisch-formelle Bedeutung[28]).

Bei solchen inneren Wandlungen des Begriffs wird es verständlich, daß trotz des Bemühens der Theorie, die römische Lehre von der Litiskontestation als geltendes Recht darzustellen[29]), den Wirkungen derselben die wahre Nothwendigkeit und damit die praktische Sicherheit fehlt.

---

24) Wetzell Not. 35.

25) Zunächst in Gestalt einer allg. Erklärung: nego narrata, prout narrantur (magno cum justitiae naufragio). Brunnem. c. 17 nr. 3. — Anders in der Folge der artikulirten Klage gegenüber, nämlich in Gestalt spezieller Erklärung auf die Artikel. Vgl. § 111, 17; § 164, 10.

26) J. R.O. § 37; Renaud § 72, 9. — S. auch § 156.

27) Das ging im röm. Proz. erst nach der lit. cont., nämlich durch die causae conjectio in judicio vor sich, s. auch Not 43.

28) Im mittelalt. Prozeß rein formelle Bedeutung; seitdem ist die Wendung zwar begonnen, aber noch keineswegs vollendet.

29) Seitdem Keller u. A. die Bedeutung ders. bei den Römern

II. Was die Definition der Litiskontestation für das geltende Recht anlangt, so versteht man darunter regelmäßig nur die Einlassung auf die Klage [30]). Sie ist Einlassung auf die actio in ihrer libellirten Gestalt, nicht auf das jus agendi im Ganzen [31]).

Man schließt ferner davon meistens aus die totale Anerkennung (conf. in jure), welche den Streit erledigt. Aber zweifelhaft bei der durchaus formalen Natur bleibt es, ob bloses Bestreiten des Rechtsgrundes der Klage Litiscontestation sei, oder nur die Einlassung auf die thatsächlichen Behauptungen. Man ist geneigt, letzteres anzunehmen, wobei sich freilich bald ergiebt, daß rechtliche und thatsächliche Grundlagen keineswegs sich immer aus einander reißen lassen [32]). Im Uebrigen ist es einerlei, wie die Erklärung erfolgt. Die Theorie unterscheidet daher wirkliche und fingirte Litiskontestation. Letztere ist Folge des Ungehorsams. Erstere kann sowohl eine ausdrückliche, wie eine stillschweigende sein [33]). Sodann negative (mit Nichtwissen oder geradezu als unwahr verneinend), affirmative [34]) und allenfalls gemischte Litiskontestation. Ja, schließlich ist selbst die Erklärung, sich auf die Klage nicht einlassen zu wollen, nach der formellen Behandlung des Begriffs ebensogut Litiskontestation.

III. Die Erfordernisse der Litiskontestation [35]) lassen sich offenbar nicht mehr nach dem Muster des R.R. aufstellen. Für den

---

wieder restituirt haben. Die Unklarheiten der Doktrin vor Keller näher zu schildern, darf man sich füglich ersparen. Allein die Kenntniß des echten röm. Rechts hilft Nichts, wenn, was die Meisten vergessen, die Sache eine ganz andere geworden ist.

30) Trotzdem eigentlich noch an vielen andern Stellen Einlassung auf thatsächl. Behauptungen vorkommt, s. § 108.

31) So auch noch nach neueren Ges. Renaud § 72, 10.

32) Zweifel wegen der judicia duplicia s. bei Wetzell Not 37. — Man kann recht gut auch die blose rechtliche Einlassung lit. cont. nennen. — Läßt sich sofort nach der Einlassung Bescheid ertheilen, so ist die lit. cont. von sehr untergeordnetem Belang, weil die res judicata jedenfalls dieselben Wirkungen erzeugt.

33) Die lit. cont. tacita kann auch als ficta erscheinen.

34) So weit diese nach der Not. 32 berührten Ansicht, oder wenigstens als theilweise affirmirende vorkommen kann. Renaud § 72, 8.

35) Martin § 154. 155; Osterloh § 191; Bayer § 185.

heutigen schriftlichen Prozeß ist Deutlichkeit und Bestimmtheit der Erklärung, aus welcher der Richter entnehmen soll, was der Gegner bestreitet und was nicht, das erste und einzige Erforderniß[36]). Die Litiskontestation in diesem Sinne braucht keine ausdrückliche zu sein. So wird, mag sie nun gänzlich fehlen oder mag ihr die Bestimmtheit mangeln, nach dem heutigen Kontumazialsystem (s. § 124, 7) als eine bestimmt geschehene Erklärung hinzufingirt. Sie kann als einfache prozessualische Handlung ebenso gut durch den Prokurator, wie durch die Partei selbst abgegeben werden. Der Zeitpunkt, an dem sie vorzunehmen, wird durch die erste peremtorische Aufforderung zur Antwort auf die Klage bestimmt.

IV. Die Wirkungen der Litiskontestation leitet das R.R. aus dem Gesichtspunkte eines Vertrags der Parteien her, welche das alte Streitverhältniß konsumirt[37]), mithin dessen anderweite Geltendmachung ausschließt, und die Judizialobligation begründet[38]). Für das heutige gemeine Prozeßrecht[39]) ist das Wichtigste

---

36) Denn die Litiskontestation ist in Wahrheit Nichts als die Responsion (§ 111) auf die Klage.

37) Wetzell § 14 Not. 59 bestreitet gegen Keller den Karakter einer novatio necessaria. Indessen ist das ein echt scholastischer Namensstreit. Daß der wirkliche Klaganspruch (die res) so konsumirt wird, daß sie anderweitig nicht mehr gebraucht werden kann, steht fest. S. § 108 Not. 48.

38) S. die oben Not. 5 citirten Schriften. Eine gute Darstellung dieser römisch-rechtlichen Wirkungen (cf. bes. Gai. III, 180. 181) s. bes. auch bei Wetzell Not. 38 ffl. u. Bethmann-Hollweg II § 103. Man streitet, ob im justin. R. die Quasikontraktsnatur der lit. cont. noch vorhanden war; Rudorff Not. 9; Wetzell Not. 43 ffl. Bethmann-Hollweg III S. 257. Indessen positiv aufgehoben ist sie nicht, wenn auch innerlich nothwendig abgeschwächt. Auch die Kanonisten heben noch die materiell novirende Wirkung hervor. Bulgar. § 10. Daß diese definitive materielle Wirkung für den heutigen gemeinen Prozeß keinen rechten Sinn mehr hat, begreift sich schon daraus, daß auch die Sentenz (als blose absolutio ab instantia) häufig nur einen formellen Karakter hat. Die lit. cont. ist jetzt nur ein formeller Akt, sonst könnte sie auch keine eventuelle sein.

39) Anders, sollte man erwarten, müßte die lit. cont. wieder in den Mündlichkeitsprozeßordnungen auftreten, nämlich wie im R.R., als das eigentliche Fundament des Prozesses. Allein bis jetzt fehlt viel, daß die verlorene praktische Bedeutung restituirt erschiene.

A. die formell in Bezug auf das prozessualische Vorbringen bindende Wirkung[40]). Denn mit der Litiskontestation erscheint

1. der Kläger an seine Klage so, wie sie vorliegt, gebunden. Der Verklagte hat ein Recht, den Streit auf dieser Basis beendigt (s. § 104) und den Anspruch des Klägers gerade in dieser Gestaltung beurtheilt zu sehen[41]). Nur ausnahmsweise und nach modernen Gesetzen wird eine Klagänderung noch gestattet[42]).

2. Der Verklagte erkennt durch seine Einlassung, wenn auch nach der Eventualmaxime nur eventuell, an, daß die Klage an sich zulässig und einlassungsfähig sei. Indem sich nach der Eventualmaxime mit der Einlassung sämmtliche Einreden verbinden müssen, involvirt die Einlassung einen Verzicht auf alle diejenigen, sowohl dilatorischen, wie peremtorischen Einreden, die nicht pari passu vorgeschützt werden (§ 174). Und indem sie selbst peremtorischer Natur ist, vermag auch der Verklagte an seiner Einlassung und Vertheidigung auf die Klage im Ganzen Nichts mehr nachzubringen oder zu ändern.

Auf solche Weise wird die formale Grundlage für die Kognition[43]) des Richters, der daraus in dem Erkenntniß das Facit dessen zieht, was streitig oder unstreitig[44]), gewonnen.

Der Richter darf Nichts berücksichtigen, als was die Parteien angebracht haben; denn quod non in actis non in mundo.

---

40) Man kann das eine formale Obligation nennen, die freilich keine Eigenthümlichkeit der Klageeinlassung mehr ist, sondern sich auf den ganzen Prozeß erstreckt; s. § 108.

41) D. h. der Begriff der Litispendenz, der römisch-rechtlich ein durchaus materieller, ist gerade so formell geworden, wie der der lit. cont. — Wetzell Not. 62 ffl., Renaud § 74, 10 ffl.

42) S. § 166; denn die Klage ist die durch die Litiskont. bindend gewordene Grundlage.

43) Vgl. § 157. So sind es nicht die Parteien, welche durch die Litiskont. festsetzen, was noch zu beweisen, sondern das thut durch sein Beweisinterlokut der Richter (vgl. § 157, IV A.) Das Beweisint. ist insofern zum Theil Surrogat der Litisk. des Richters, dem sie das Material liefern, an das er allerdings nach der Verhandlungsmaxime gebunden.

44) Das Alles ist aber nicht blos Folge der Litiskontestation, sondern der allgemeinen Grundsätze der Zwistigkeit und Verhandlungsmaxime, welche gerade hier an dem Anfang und der Grundlage des ganzen Prozesses bes. deutlich hervortritt.

Nur das ist seiner Kognition unterbreitet, was ihr die Parteien unterbreiten wollen und dadurch wirklich unterbreiten, daß sie es in Frage stellen. Dasjenige, was sie ausdrücklich oder stillschweigend einander einräumen, ist der richterlichen Kognition entzogen. Die Beurtheilung des Richters hat darnach nicht weiter zu fragen und braucht es nicht. Diese formelle Bindung an das einräumende, wie bestreitende Vorbringen der Parteien aber ist möglich, weil es sich überhaupt blos um formelle Feststellung der Wahrheit im Civilprozeß handelt (§ 181).

B. Die materiellen Wirkungen des novirenden Aktes der Litiskontestation sind

1. die Rechtshängigkeit, Litispendenz, welche in der exceptio litis pendentis ihren Ausdruck findet. Während des Prozesses[45]) kann jede anderweite Verhandlung des nämlichen Anspruchs vor demselben oder einem andern Gericht abgelehnt und muß positiv der Prozeß mit Ausschluß blos einseitigen Rücktritts so zu Ende geführt werden, wie er begonnen wurde[46]). In Hinsicht auf den Umfang dieser Folge, welche sich eine Vergleichung des schwebenden mit dem nun geltend gemachten und als identisch behaupteten Rechtsstreit voraussetzt, gelten durchweg dieselben Regeln, wie für die exc. rei judicatae[47]).

2. Der durch die Litiskontestation begründete Kondemnationsanspruch hebt das bisherige Klagerecht auf[48]). Der Inhalt der

---

45) Denn nach Beendigung durch Judikat handelt es sich nur noch um die Wirkungen des letztern. Wetzell Not. 48; nicht der Litiskont.

46) Das ist die (nach Keller) sog. negative u. positive Funktion, welche die lit. cont., wie das Judikat (§ 145, IV), in sich trägt. Indessen darf man nie vergessen, daß das nur zur Verdeutlichung aufgestellte doktrinäre Rubriken sind. Seuffert XVIII Nr. 178.

47) S. daher § 145, 34 ffl. Mithin ist das nicht konsumirt, quod post judicium acceptum accidisset; L. 23 de judic. 3, 1; Vangerow § 160, III. 1. Die definitiv konsumirende Wirkung, welche sich römisch-rechtlich auf die tota res in judicium deducta erstreckte (Wetzell § 14, 38 ffl.), paßt auch nicht mehr nach der formellen Auffassung der actio; s. § 149. Zufolge der letztern leistet die exc. rei in jud. deductae blos so viel, daß dieselbe Klage (im formellen Sinne) nicht noch einmal (anderswo) angestellt werden kann.

48) Gai. III. 180; IV. 106 sqq. L. 11 § 1 de novat. 46, 2. Ueber die innere Idee s. Vangerow § 160 z. A. Vgl. oben Not. 38. — Von

Obligation ex litis contestatione geht dahin, daß Kläger, wenn der Richter seinen Anspruch begründet finden wird, das haben soll, was ihm schon zur Zeit der Litiskontestation gebührt hätte [49]).

Daraus erklären sich manche einzelne Folgesätze [50]):

a. daß das Urtheil demnächst, wenn der Klaganspruch begründet befunden wird [51]), soviel das Kondemnationsobjekt anlangt, Alles zuzuerkennen hat, was dem Kläger an und seit dem Zeitpunkt der Litiskontestation zukam [52]); also Früchte (fructus percipiendi), Zinsen (sog. Prozeßzinsen) [53]), andere Accessionen, Ersatz für Untergang oder Verschlechterung des Streitgegenstandes [54]), wofür, wenn nicht schon vorher, jedenfalls von der Litiskontestation an der Verklagte unter Haft für volle Sorgfalt einsteht [55]).

b. daß subjektiv eine selbstständige Prozeß- oder Kondemnationsobligation begründet wird. Daher haftet der fictus possessor als Kontrahent der Litiskontestation [56]), obwohl er ursprünglich an dem Klag-

---

einem Theile der Theorie wird die Konsumtionswirkung einfach geleugnet; Renaud § 74, 2; woran so viel richtig und begreiflich, daß, wenn die Litisk., wie gezeigt, ihr röm. Wesen eingebüßt hat, auch die Unterlage dieses Effektes fehlt.

49) Mithin trifft der Inhalt der obl. ex lit. cont. mit dem Klaganspruch materiell zusammen, insofern letzterer dasselbe will.

50) Eine Wirkung, in Bezug auf den Verzicht, ist schon § 104, I A. erwähnt worden.

51) Insofern ist die Wirkung zunächst nur eine bedingte, nicht nothwendige. L. 63 de R. J. 80, 17. L. 24 pr. de usur. 22, 1. Savigny VI S. 81.

52) L. 31 de R.Cr. 12, 1; L. 20. 35 § 1 de R.V. 6, 1; Wetzell Not. 71; also Rückbeziehung der Sentenz auf die lit. cont. — Das ist es, was auch als Eintritt der mora oder mala fides, der regelmäßig mit de lit. cont. verbunden — Wetzell Not. 70 —, bezeichnet wird.

53) Die Praxis ist darin der, theoretisch bestrittenen, Ansicht Savigny's VI § 268 ffl; vgl. Wetzell Not. 73.

54) worüber indessen Streit, s. Wetzell Not. 74.

55) Wetzell Not. 72—76. Vangerow a. a. O. § 160 IV 2; Windscheid § 124 Not. 1. 2. Man sagt wohl auch so: die Klage wird bei verschuldetem Untergang des Objekts gegen den Verklagten perpetuirt; L. 25 de R.V. 6, 1. — Ueber die Schätzungszeit (Litiskontestation oder Kondemnation) s. Vangerow, das. Nr. 3.

56) qui liti sese obtulit; Vangerow § 332 Anm. 3 Nr. 1; Savigny, Syst. VII S. 103; Renaud Not. 5.

anspruch gar nicht betheiligt. Daher kann diese Obligation aktiv und passiv auf die Erben übergehen, wenn gleich der Klaganspruch wegen seiner höchst persönlichen Beschaffenheit dazu nicht befähigt war [57]).

Daraus erklärt sich ferner der Beginn des sog. dominium litis des Stellvertreters nach R.R. mit der Litiskontestation [58]).

c. daß auch objektiv die Prozeßobligation von dem ursprünglichen Klaganspruch unabhängig erscheint. Ebendeshalb kann sich die Kondemnation nur auf das Recht erstrecken, was zur Zeit der Litiskontestation bereits wirklich begründet war. Die Zuerwerbungen und Modifikationen des durch die Litiskontestation konsumirten Klaganspruchs können nicht berücksichtigt werden [59]). Ebenso muß Untergang oder Veränderung des ursprünglichen Klagerechts nach der Litiskontestation gleichgültig erscheinen, sofern nicht [60])

---

57) L. 8 § 1 de fidejuss. 27, 7; L. 26 de O. et A. 44, 7. Osterloh § 192 Not. 2.

58) S. § 83, 18. Renaud S. 172.

59) Ueber diesen röm. Gedanken (Gai. IV. 114) s. Wetzell Not. 62 ffl. Allein der praktische Prozeß hält denselben keineswegs so streng fest; wie z. B. in der Frage, ob nicht bei fortlaufenden Leistungen auch über die Zeit der lit. cont. hinaus kondemnirt werden kann. — Mithin muß nach der strengen formalen Auffassung allerdings die Klage, und zwar sowohl dingliche, wie persönliche, abgewiesen werden, wenn das Klagerecht nicht schon zur Zeit der Litisk. vollkommen begründet war; s. Renaud Not. 26. 27. Allein auch dies nimmt häufig die Praxis nicht mehr so genau, daß sie die Klage zurückwiese, wenn der Prozeß das Klagerecht als erst später entstanden ergeben hat; s. auch Vangerow I § 160. Warum soll man nicht die definitiven Resultate ziehen, die gezogen werden können? Die Ausgleichung der Interessen liegt wieder nur allenfalls in dem Kostenpunkt.

60) was freilich nach der Bemerkung in Not. 49 regelmäßig der Fall. Daher begreift sich denn vollständig, daß im justin. R. (§ 2 Inst. de perp. et temp. act.) die strengere Ansicht von der Wirksamkeit einer Zahlung und des zufälligen Untergangs, insofern diese Verkommnisse nur die ursprüngliche, konsumirte und daher irrelevante Klagobligation berührten (s. Wetzell Not. 65), verlassen und der Zahlung, dem Vergleich, der Acceptilation u. dgl. allgemeinhin auch für die obl. ex lit. cont. tilgende Wirkung beigelegt wird. Denn auch die lit. cont. ist doch nur so zu verstehen, daß der Kläger Kondemnation will, wenn er nicht auf andere Weise inmittelst Befriedigung erlangt. S. die Nachweise bei Wetzell Not. 66; Vangerow § 160, III. 2.; vgl. dazu Renaud S. 175.

darin eine Tilgung auch der Obligation aus der Litiskontestation liegt. Nur eine Konsequenz davon ist es, wenn durch die Litiskontestation die im Lauf begriffene Extinktiv-[61]) oder Acquisitivverjährung des Klaganspruchs unterbrochen wird[62]).

3. Kraft positiver Vorschrift des R.R. knüpft sich an die Litiskontestation das Verbot, den Streitgegenstand, der dadurch zur res litigiosa geworden, zu veräußern, bzw. den in Streit befangenen Anspruch abzutreten[63]). Indessen war die Unabtretbarkeit der Klage längst sehr bestritten und wird jetzt vielfach durch die Möglichkeit einer Sukzession in den Prozeß ersetzt[64]). Allein auch das Verbot der Veräußerung der res litigiosa wird, abgesehen von den positiven Ausnahmen[65]), häufig nicht mehr mit der ursprünglichen Strenge gewahrt, was begreiflich erscheint, da zur Sicherung des Parteiinteresses, wo Nachtheil droht, schon andere Maßregeln, wie Arrest, Sequestration, Kaution u. dgl., zu Gebote stehen[66]).

Daran schließt sich sodann das allgemeine Verbot sog. Innovationen oder Attentate nach R.R., in Folge dessen von der Litiskontestation ab[67]) alle Handlungen und Dispositionen an dem

---

61) Die extink. Verjährung der act. temporales; denn die der perpetuae wird schon römisch-rechtlich durch das erste Dekret unterbrochen. Vangerow § 150. 152 Anm. 1.

62) Vangerow § 160 I u. II. Die obl. ex lit. cont. hat ihre eigene Verjährung; denn die lit. cont. ist Begründung einer neuen Obligation.

63) S. über das Einzelne und die zahlreiche Literatur, wozu noch Zaun, Arch. für prakt. R.W. VIII S. 287, u. Treitschke, Kaufkontr. 2. Aufl. S. 23. Vangerow § 160. V; auch Wetzell Not. 3; Windscheid § 125; Renaud S. 174.

64) Wetzell § 6 Nr. 2., s. oben §. 93. Zimmermann, Arch. für civ. Pr. Bd. 36 S. 63. Und wenn man noch so gut doktrinell beweisen kann, daß das Verbot der Cession nie aufgehoben worden ist, Renaud Not. 22, so ersetzt man damit doch nie den Mangel jedes inneren Grundes. — Seuffert XV, 217 u. die dort. zahlreichen Citate, auch XIX, 79.

65) Wetzell a. a. O.

66) Vgl. Vangerow a. a. O. V. 7.

67) tit. X ut lite pend. nil innov. 2, 16; VI eod. tit. 2, 8. Clem. 2, 5. — Eigenbrodt, Arch. für pr. R.W. VII S. 85; Seuffert XVIII Not. 270.

Streitobjekt, welche den Gegner gefährden, Veranlassung zu provisorischen Maßregeln oder Sicherungsverfügungen geben können[68]).

Allein nun muß schließlich bemerkt werden, daß nicht nur einzelne der bisher aufgezählten materiellen Wirkungen schon nach R.R., sondern heut' zu Tage nach der Praxis und der modernen Gesetzgebung (§ 168, III) alle bereits an die Klagmittheilung, also an das erste richterliche Dekret geknüpft werden. Eine nothwendige Folge einmal des veränderten Wesens der Litiskontestation, die in Wahrheit nicht mehr materieller Kontrakt der Parteien ist, sodann aber der Umwandlung, welche der ganze Karakter des Prozesses erfahren hat. Nicht mehr der Parteienakt, sondern der Richterakt ist es, der jene bedeutenden Wirkungen erzeugt in einem Prozeßverfahren, in welchem die Idee der Richterautorität so sehr die der Selbstaktion der Parteien überwiegt[69]).

§ 108.

2. Feststellung des Streitigen im weiteren Verlauf des Prozesses.

Martin § 103. 126; Linde § 197; Heffter § 355; Schmid § 113 Osterloh § 202.

Eben weil die Litiskontestation nicht mehr Feststellung des Streites, sondern nur Feststellung dessen, was an dem Klag-

---

68) Ausführliche Nachweise s. bei Wetzell Not. 80—84.

69) Seuffert, XIV, 275; XV, 116. Das ist allen Versuchen gegenüber, mit puren Interpretationsargumenten die röm. Doktrin wider die nicht wegzuleugnende Praxis der Rechtspflege und Legislation aufrecht zu erhalten, der wahre innere Erklärungsgrund. Vgl. Vangerow § 160. VI. Windscheid § 126; Wetzell Not. 83 ffl. Renaud Not. 20. Freilich hätten die modernen Prozeßordnungen, welche mit der Mündlichkeit zugleich wieder mehr die Parteienaktien in den Vordergrund schieben, Veranlassung, anders zu verfahren und die Wirkungen wieder in die lit. cont. zu verlegen. Allein das Verständniß der Litiskont. ist zu sehr zerrüttet worden.

Darin bleibt die hier angedeutete Entwickelung äußerst lehrreich, daß sich zeigt, wie ein an sich höchst berechtigtes und bedeutsames Institut durch die schematische Methode zu einem wesentlichen Formalismus geworden ist, den schließlich Theorie und Gesetzgebung fast ganz bei Seite geschoben haben oder nur noch als Bezeichnung eines rein äußerlichen Moments brauchen.

libell streitig, ist, muß sich dieselbe Feststellung durch den ganzen Prozeß hin wiederholen. Der Prozeß schreitet in einzelnen getrennten Handlungen fort (§ 98). Wo immer im Laufe desselben von der einen Seite ein Angriff oder eine Behauptung ausgeht, bedarf es nach dem Prinzip der Zweiseitigkeit von der andern Seite einer Antwort oder Erklärung; und überall ergeben sich kraft der Verhandlungsmaxime jene den Behauptenden und das Gericht formell bindenden Wirkungen, die zuerst bei der Erklärung auf die Klage hervortreten (§ 107, 14). Das Gericht wird dadurch insofern gebunden, als es aus der Antwort zu ersehen hat, was noch streitig bleibt und wie weit daher seine Kognition gehen soll. Der Behauptende wird gebunden, insofern er, abgesehen von der Konnivenz einer ausnahmsweise gestatteten Aenderung [1]) und von der Möglichkeit einer Restitution, überall sich gefallen lassen muß, lediglich nach Maßgabe seiner Behauptungen beurtheilt zu werden; der Erklärende insofern, als er durch das Eingehen auf den materiellen Inhalt, dessen formelle Zulässigkeit anerkannt und die Konsequenzen seiner einräumenden oder bestreitenden Erklärung nach formalen Grundsätzen zu erwarten hat.

In diesem Sinne zieht sich durch den ganzen Prozeß, in allen seinen Stadien, Beweisinstanz, Rechtsmittelinstanz u. s. w., eine perpetuirliche Litiskontestation, d. h. eine stetige Feststellung des Streitigen und Ausscheidung des Unstreitigen durch das Zusammentreffen von Behauptung und, wirklicher oder fingirter, Erklärung.

Im röm. Prozeß war das anders. Die Litiskontestation war nur ein einziger, einmal im Beginne vorkommender Akt des Prozesses. In dem weiteren Verlauf des Streites fehlt die fortlaufende Litiskontestation, weil in der einheitlichen Aktion des mündlichen Prozesses jene rein formelle Feststellung des Streitigen nicht vorkommt. Auch in der kanonischen Lehre soll noch die Litiskontestation eine einmalige, spezifisch den Anfang des eigentlichen Streites bildende Handlung sein. Erst die Trennung der Prozeßhandlungen, welche der moderne schriftliche Prozeß an die Stelle der gemeinsamen terminlich mündlichen Aktion setzt, macht jene Form einer causae conjectio nöthig. Man kann das auch so ausdrücken: die

---

1) Osterloh a. a. O.; s. z. B. auch Bad. P.O. § 253 u. 255. — Vgl. über den daraus hervorgehenden präklusiven Karakter § 112 I.

Verhandlungsmaxime gibt den Parteien ein Recht, jedesmal bei jeder Handlung den Gegner bei seinem Wort zu halten, sobald man durch die Erklärung, gleichsam als prozessualische Akzeptation, ihn dabei erfaßt hat. Durch den Inhalt von Behauptung und Erklärung wird dem Gerichte vorgeschrieben, auf welcher Grundlage und in welchem Umfange es zu erkennen hat[2]).

Auf solche Weise vollendet sich die innere Struktur des schriftlichen Prozesses, der, kettengliederartig aus getrennten Parteienhandlungen erwachsend (s. § 109, IV), der richterlichen Entscheidung schließlich eine Summe einzelner Behauptungen und Erklärungen der Parteien darbietet, aus denen der Richter, wie bei der Klage (§ 107, 43) allemal die Summe des Streitigen und Unstreitigen zu ziehen, das Streitige aber, soweit es erheblich, zu Beweis zu verstellen hat. Es erhellt leicht, daß diese Struktur im mündlichen Prozeß von selbst verschwinden, oder wenigstens abgeschwächt werden muß.

IV. Bildung des Prozeßinhalts durch die Handlungen der Parteien.

§ 109.

A. Die Parteienhandlungen im Allgemeinen.

Martin § 85; Linde § 148; Heffter § 113; Bayer § 127; Osterloh § 124.

Der Inhalt des Prozesses bildet sich zwar nicht allein, denn auch die Richterthätigkeit trägt dazu bei (§ 113), aber zu einem Theile nothwendig durch die Thätigkeit der Parteien. Sie haben einmal zu bestimmen, da der Civilprozeß nicht Untersuchung und Entscheidung von Amtswegen ist, ob sie gerichtliche Entscheidung wollen, sodann aber auch nach dem Verhandlungsprinzip, je nach dessen Durchführung, allein oder doch vorwiegend der Stoff der Kognition herbeizuschaffen. Ihre Thätigkeit äußert sich in Vorträgen.

Diese fordern

---

2) Es ist dies offenbar einer der wichstigsten Punkte in dem Mechanismus des Prozesses, der übrigens im innigsten Zusammenhange mit dem steht, was in § 111 u. 198 zu erwähnen.

I. eine bestimmte Form, und zwar zuvörderst diejenige äußere, mündliche oder schriftliche Form, welche die Prozeßordnung oder das Reglement des Gerichts vorschreibt[1]). Sodann aber auch die innere Form, die fertige legale Formulirung jeder einzelnen Handlung, ohne welche sie in dem schriftlichen Prozeß, wo nicht mehr der Richter, wie im mündlichen, den Parteien den Stoff rechtlich formuliren hilft, nicht angenommen wird. Gerade darin liegt eine Grundverschiedenheit des Prozesses, ob die Parteien formlos in mündlicher Verhandlung unter Mitaktion des Richters, im Streben nach realer Wahrheit das Material darstellen, oder ob dies in formulirten Schriften[2]) dergestalt geschieht, daß eigentlich nicht mehr die Thatsachen selbst, sondern die Vorträge der Parteien so, wie sie vorliegen, kraft der sog. Verhandlungsmaxime das Objekt der Kognition bilden.

II. Aufgabe der Parteienhandlungen ist jedenfalls, dem Gerichte den thatsächlichen Stoff zu liefern, theils durch Behauptung, theils durch Bewahrheitung. Soweit dem Richter nach der Verhandlungsmaxime verwehrt ist, seinerseits von Amtswegen thatsächliches Material in die Verhandlung oder Entscheidung heranzuziehen[3]), bleibt dies sogar ausschließliche Aufgabe der Parteien. Die Parteien können aber auch und müssen sogar vielfach nach der Verhandlungsmaxime zugleich das thatsächliche Material rechtlich ausführen oder ihr Recht auf den Schutz und die Verfügung des Gerichts doziren. Indem endlich auch die Conclusion oder Bitte, welche aus der Subsumtion des Thatsächlichen unter den Rechtssatz gewonnen wird, in streng formulirter Fassung darzubringen ist, erscheint daher die Parteienhandlung als ein rechtlich-logischer Syllogismus (§ 110, I). Den Rechtsobersatz, nach dem er beurtheilt sein will, braucht zwar der Parteienvortrag insoweit nicht be-

1) S. auch Martin § 99 ffl.; Osterloh § 125. 126; Heffter § 199; Wetzell § 67 z. A. — Das Nähere über die äußere Einrichtung sowohl mündlicher, als schriftlicher Vorträge gehört in das sog. Civilprozeßpraktikum. Vgl. auch § 165 z. A.

2) Das hängt freilich nicht blos an der Schrift; denn möglicherweise, wie der kanon. Prozeß lehrt, kann es auch eine spitze Formulirung bei äußerlicher Mündlichkeit geben.

3) S. § 99, 26; bis auf den Rest des sog. richterlichen Fragerechts.

sonders auszuführen, als die Pflicht des Richters von selbst Kenntniß und Anwendung des Rechtes gebietet (s. § 32, IV). Indessen schließt das nicht aus, daß es für die Partei, wenn sie sich auf fremdes oder Gewohnheitsrecht, welches der Richter nicht zu kennen braucht, nothwendig oder doch rathsam (§ 110, I. B) wird, den ihrer Meinung nach anwendbaren Rechtssatz anzuführen und darzulegen.

III. Von den Handlungen der Parteien ist absolut freiwillig nur die erste, welche den Prozeß eröffnet, die Klage (§ 103). Alle weiteren, nachdem einmal der Prozeß begonnen, sind Folge der Prozeßordnung und durch diese, wenn auch stets von der freien Entschließung der Parteien insofern abhängig, als sie direkt dazu nicht gezwungen werden können, vielmehr darüber zu verfügen haben, ob sie die Handlung vornehmen oder unterlassen wollen, doch unter einen indirekten Zwang gestellt. Denn sowohl die Unterlassung der Erklärung, wie die Unterlassung der Behauptung im ferneren Verlauf des Prozesses ist durch das Kontumazialsystem, bzw. durch den präklusiven Karakter des Verfahrens mit gewissen Nachtheilen bedroht (§ 111, IV u. § 112). Wie sie handeln sollen, darin hat der Wille der Parteien überhaupt keine freie Bewegung. Wenn sie handeln, so bedarf es der strikten Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse, so gewiß, daß sonst Nichtbeachtung der illegalen Handlung, bzw. Ergänzung mittelst Fiktion eintritt.

IV. Bei der Trennung der Parteirollen (§ 98) theilen sich alle Parteienvorträge in Angriffs- und Vertheidigungshandlungen, Behauptung und Responsion. Das schließt nicht aus, daß in einem Akt oder in einer Schrift zugleich mit der Vertheidigung ein Angriff, mit der Beantwortung wieder eine Behauptung verbunden wird. Allein innerlich, indem auf jede Angriffshandlung oder Behauptung nach dem Grundsatze der Zweiseitigkeit eine Vertheidigung oder Erklärung gefordert werden muß, erweist sich der ganze Prozeß als eine Kette einzelner Glieder, welche allemal aus Angriff und Vertheidigung, bzw. Behauptung und Erklärung bestehen. Diese Kettenverbindung muß die einheitliche Gesammtaktion, wie sie im oft mündlichen Verfahren jede Verhandlung repräsentirt, ersetzen (vgl. § 99 a. E.).

Folge davon ist, daß jede Parteihandlung, wenn sie auch auf das entferntere Ziel der Sentenz ihr Petitum richtet, doch zu-

vörderst auf den allernächsten Zweck, der Mittheilung an den Gegner und, wenn sie Behauptung ist, Auflage der Erklärung hin operirt.

Auf solche Weise geht in der gliederweisen Aneinanderreihung der einzelnen Handlungen die einheitliche Darstellung des Gesammtthatbestandes (res) des streitigen Rechtsverhältnisses vollständig verloren. Wie wichtig diese Zerspaltung des Prozeßinhaltes in eine Summe von Einzelbehauptungen und Erklärungen wird, muß sich vor Allem in der Lehre von der Rechtskraft zeigen.

Der Inhalt des schriftlichen gemeinen Prozesses besteht aus den Akten. Die Akten setzen sich aus den einzelnen Schriften, von denen wieder eine jede für sich ein abgeschlossenes und abgeschlossen zu beurtheilendes Ganzes bildet, zusammen. Auch der Aktenschluß der Parteien, soweit er noch üblich (s. § 148, 16), ändert daran Nichts, indem er die Akten nicht zu einer organischen Einheit machen kann, sondern nur der Form der Verhandlungsmaxime gemäß, der Vollständigkeit des Inhaltes, welche das Gericht zu überwachen hat, auch noch die Anerkennung der Parteien zu verschaffen sucht.

B. Insbesondere.

§ 110.

1. Angriffs- und Vertheidigungshandlungen.

Wenn nach dem vorigen § Angriffs- und Vertheidigungshandlungen zu unterscheiden sind[1]), so ergibt sich, was

I. den Inhalt einer Angriffshandlung anlangt[2]), daß dieser besteht

A. aus einer thatsächlichen Grundlage, welche zwar wesentlich ist[3]) und deshalb immer vorhanden sein muß, aber keineswegs immer in einer ausdrücklichen oder ausführlichen Darstellung von Thatsachen zu bestehen braucht[4]);

---

1) S. auch Osterloh § 126.

2) Osterloh § 127; Bayer § 127.

3) S. § 109 II; Bad. P.O. § 247.

4) Z. B. bei Kontumazialanträgen, Fristgesuchen u. s. w.

B. aus der Bezugnahme auf den Rechtsgrund oder Rechtssatz, von welchem die Entscheidung abhängt. Allein diese ist nicht nothwendig, insofern der Richter schon von Amtswegen das Recht kennen muß und die rechtliche Bezeichnung vermöge der Richterpflicht zu ergänzen hat. Mit Ausnahme der Bezugnahme auf solche Rechtsbestimmungen, welche der Richter nicht zu kennen braucht (§ 32, IV) und deren Nachweis daher den Parteien obliegt[5]), erscheint also die Rechtsdeduktion mehr als eine Befugniß, denn als eine Pflicht der Parteien; als die Befugniß, ihre rechtliche Auffassung und Beleuchtung des Sachverhaltes dem Gerichte, um dadurch auf dessen Urtheil einzuwirken, vorzutragen und so

C. die Bitte, Conclusion, das petitum oder den Antrag zu rechtfertigen, welcher aus der Anwendung des Rechtssatzes auf das thatsächliche Verhältniß gefolgert wird. Eine Bitte muß vorhanden sein, weil das Gericht nach der Verhandlungsmaxime davon in seiner Thätigkeit abhängig ist (§ 99, 18). Allein auch hier zeigt sich häufig theils eine Abschwächung jener Maxime, indem der Richterpflicht mancherlei Ergänzung und Verbesserung gestattet wird (100, III), theils die Entbehrlichkeit ausdrücklicher Antragstellung, indem sich oft die Bitte von selbst versteht und daher keiner besonderen Formulirung bedarf[6]).

Es ergibt sich mithin, daß leicht ein oder der andere Theil einer solchen Parteihandlung gleichsam verkümmern kann, selbst bis zur äußeren Unkenntlichkeit. Allein bei genauerer Betrachtung sind die drei Bestandtheile immer da.

II. Die Vertheidigungshandlung kann sich ebenso gut gegen jeden einzelnen dieser Theile, wie gegen alle, richten[7]). Sie kann

A. als Leugnen oder Bestreiten gegen die thatsächliche Grundlage des Angriffs oder Antrags,

---

5) Indessen ist das doch nur ein, oft freilich rathsames, Aufmerksammachen; s. § 100 I.

6) So z. B. die Bitte um Mittheilung, um Eröffnung des Appellationsverfahrens u. s. w. Ueberhaupt ist die sog. Prozeßbitte um Vornahme der nächsten prozeßleitenden Handlung in demselben Maße überflüssig geworden, als die Prozeßleitung nach moderner Ansicht Sache der Amtsgewalt des Gerichts ist (s. § 114, 2).

7) Martin § 100; Linde § 149; Osterloh § 128; Bayer § 127; auch Renaud § 89.

B. als rechtliche Gegendeduktion gegen die Ausführung des Rechtsgrundes,

C. als Rüge der Unschlüssigkeit gegen das Petitum auftreten.

Zum Obsieg des Angegriffenen genügt es, wenn nur in einem Punkte seine Gegenwehr [8]) richtig ist.

III. Sobald aber die Vertheidigung ihrerseits ein selbstständiges thatsächliches Fundament benutzt, aus dem sie, gleichviel ob formell oder wenigstens materiell, ein als Gegenangriff erscheinendes Recht herleitet, so nimmt ihre Handlung den Karakter einer Angriffshandlung an, welche durchaus wieder unter den in Nr. I. dargestellten Gesichtspunkt fällt, mithin auch wieder umgekehrt den andern Theil zu einer Vertheidigung auffordert [9]).

§ 111.

2. Behauptung und Responsion. Fragerecht der Parteien.

Martin § 318; Linde § 221; Heffter § 215. 358; Schmid § 110; Osterloh § 123; Wetzell § 67; Renaud § 90.

Die Aufgabe der Parteien (§ 109, II), den thatsächlichen Stoff der richterlichen Kognition zu liefern, vollzieht sich nach dem Grundsatz der Trennung und der Zweiseitigkeit in der Weise, daß von der einen Seite zunächst die Behauptung, von der andern sodann die Erklärung, Beantwortung oder Responsion erfolgt.

I. Unter Behauptung versteht man meist positive Behauptung; indessen kann, zumal die Form häufig willkührlich ist, auch eine negative Behauptung vorkommen, welche nicht blos eine Verneinung darstellt, sondern eine positiven Inhalt in sich schließt. Die schematistische Theorie unterscheidet, ohne jedoch damit die materiellen Schwierigkeiten, die sie namentlich hinsichtlich der Beweislast entstehen sieht (§ 180), beseitigen zu können, allenfalls:

A. real bejahende und verneinende,

---

8) Von der Form, in der diese auftritt, ob exceptio oder blose Deduktion oder Bestreitung, ist hier nicht die Rede. Indessen knüpft die Definition der exc. an die vorliegende Betrachtung nothwendig an.

9) Obwohl hier der Platz wäre, von den Einreden zu handeln, die nach ihrem heutigen Begriff einer jeden Angriffshandlung, nicht blos der Klage gegenüber vorkommen können, erscheint es doch passender, die Entwicklung ders. zunächst der Klage gegenüber darzustellen; § 170 ffl.

B. formal bejahende und verneinende Behauptungen.

II. Wie gerade an ihre thatsächlichen Behauptungen die Parteien gebunden sind, ist bereits früher bemerkt worden. Mithin findet regelmäßig nach erfolgerter Erklärung des Gegners weder ein Nachbringen dessen, was zu behaupten unterlassen wurde, noch eine Aenderung des Behaupteten statt (§ 112). So weit nicht allenfalls nach der milderen Ansicht der Praxis noch Verbesserung zuverlässig erscheint, kann nur im Wege der Restitution diese Wirkung beseitigt werden.

Ob die Partei Etwas behaupten will, hängt zwar von ihrer Entschließung ab (§ 109, III). Insofern mag man die Behauptung eine freiwillige Handlung nennen. Was sie aber einmal behauptet hat, muß die Partei so, wie geschehen, insbesondere auch gegen sich, gelten lassen. Indessen bleibt Verzicht oder Aufgeben einer Behauptung, die dem Behauptenden vortheilhaft ist, möglich (§ 104), während umgekehrt durch seine Erklärung, wo nicht schon durch die Mittheilung dem Gegner nach der Verhandlungsmaxime das Recht erwächst, den Behauptenden bei seiner Behauptung festzuhalten (§ 108).

III. Der Behauptung steht die Erklärung gegenüber. Aus Behauptung und Responsion bildet sich, indem daraus für den Richter die Grundlage der Kognition, die Ausscheidung des Streitigen und Unstreitigen gewonnen wird, der ganze Prozeß[1]). Die Erklärung kann sein

A. eine affirmative, einräumende, oder ein negirende, bestreitende; und die letztere theilt die Doktrin wieder

1. in formell verneinende, welche die gegnerische Behauptung geradezu leugnet, d. i. für nicht wahr erklärt, oder wenigstens mit Nichtwissen beantwortet, und

2. in indirekt verneinende, welche in Gestalt eines positiven Ausdrucks doch materiell eine Negation enthält[2]).

---

1) S. § 108. Wetzell § 19; so auch im Abschnitt des Beweisverfahrens, nachdem letzteres schriftlich geworden und in einzelnen getrennten Parteiverhandlungen vor sich geht; s. § 208, I. II.

2) Wie die Behauptung der res non sic sed aliter gesta. Unter diesem Titel muß allemal erst konkret untersucht werden, ob damit der behauptete Thatbestand, weil in wesentlichen Punkten anders dargestellt, eigentlich geleugnet, als ein ganz anderer dargestellt, oder ob nur eine be-

B. Beide, affirmative und negative Erklärungen, können sein
1. einfache, oder
2. qualifizirte, gemischte, oder auch motivirte[3]).

IV. Die Erklärung ist, weil sie mit der Behauptung zusammen die Grundlage des Urtheils bildet, keine freiwillige, sondern eine nothwendige Handlung. Obwohl auf die Erklärung verzichtet werden kann, so muß sie doch, wo sie fehlt, irgendwie ergänzt werden. Dies geschieht mittelst der Rechtsnachtheile des Ungehorsams (§ 124, 7). Dadurch wird nicht nur auf die Abgabe einer Erklärung überhaupt ein gewisser, indirekter Zwang ausgeübt, sondern sogar auf die Abgabe einer möglichst speziellen Erklärung. Denn, indem Behauptung und Erklärung, als getrennte Handlungen, nach der Verhandlungsmaxime die ganze Basis der Kognition bilden, muß nicht nur volle Bestimmtheit der Behauptung, sondern auch der Erklärung erheischt werden[4]). Auf welche Weise dieser Zwang durch Vermittlung des Richteramtes realisirt wird, ist später darzustellen (§ 121 ffl.). Nach der Idee der Verhandlungsmaxime erscheint immerhin die Erklärung zugleich als eine Pflicht gegenüber derjenigen Behauptung, welche nicht mit einem von der Einlassung befreienden Fehler behaftet ist. Eben deshalb redet man, da in der Behauptung jedesmal schon die Aufforderung zu einer Antwort zu liegen scheint.

---

sondere, hinzutretende Modifikation, welche die Identität desselben nicht stört, geltend gemacht wird. Wetzell S. 151; Renaud § 90, 8.

3) Natürlich lauter Rubriken, die vielleicht zur doktrinellen Verdeutlichung dienen, aus denen man aber noch keine Rechtskonsequenzen herleiten kann. Vgl. auch Renaud a. a. O. Ueber qualif. Geständnisse s. § 197, III C.

4) Dies wird auch noch von der modernsten Legislation hervorgehoben; s. Han. P.O. § 199; Bad. P.O. § 248; Bair. E. Art. 137; D. E. § 129; Preuß. E. § 259. — Nur darf man dabei nicht vergessen, daß Bestimmtheit ein sehr relativer Begriff ist, für den zwischen dem gewöhnlichen Begriff der Deutlichkeit (in mündlicher Verhandlung) und der spitzen Formulirung von Positionen, Artikeln und Einlassungsgliedern der Schriftlichkeit viele Zwischenstufen existiren. Eine gewisse Bestimmtheit wird stets erfordert werden; aber der gemeine schriftliche Prozeß forderte seither eine solche Bestimmtheit, daß wo möglich die richterliche Kognition zu einem rein formellen Rechenexempel wurde. Daher erklärt sich auch, daß die „punktenweise“ Einlassung mit ihrem sinnlosen Formalismus mitunter noch üblich, während ihr Korrelat, die artikulirte Behauptung, nicht mehr existirt.

V. von dem Fragerecht der Parteien[5]).

A. Der röm. Prozeß kennt nur eine gegenseitige Pflicht der Parteien, vor Gericht zu kommen (§ 116), dort zuvörderst (in jure) zu erklären, ob gestritten werden soll, oder nicht (§ 107, 1), und dann weiter zu verhandeln. Ein besonderer Zwang zu spezieller Erklärung auf einzelne thatsächliche Behauptungen von Partei zu Partei ist nirgends ersichtlich und war auch in der That nach dem natürlichen Verlauf einer rein mündlichen Verhandlung entbehrlich, wo nicht unmöglich[6]). Einfache Rede und Antwort unter Mitwirkung des Richters genügt.

Als besonderes Fragerecht treten nur die interrogationes in jure auf[7]). Im Zusammenhang mit den strengen Grundsätzen über die Formulirung der Kondemnation, welche den Kläger in die Gefahr brachte, den Prozeß und das Klagerecht total zu verlieren, wenn sich in judicio irgend eine Abweichung von der ursprünglichen Klagbitte herausstellte, war das Recht gegeben, in manchen Fällen, die namentlich die sog. Legitimation zur Sache betrafen, schon in jure eine solenne Frage an den Gegner zu richten und denselben dadurch zu einer Antwort zu zwingen[8]). Allein schon im späteren röm. Recht war dieses Institut, das wesentlich zur Präparation der Formel diente und auf der Trennung des jus und judicium beruhte, antiquirt[9]).

B. Im Kan. Prozeß finden sich gleichwohl in mißverständiger Anwendung der römischen Quellen interrogationes in jure, nämlich ante litis contestationem, zum Zweck einer Aufklärung mancher Präjudizialpunkte, die dem immer weitläufiger werdenden

---

5) Vgl. darüber mein Progamm: de jure interrog. partium. Jen. 1862. — Renaud § 95.

6) S. die Schilderung der Judizialverhandlung bei Puchta, Kurs. II. § 184 u. Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proz. II. § 108.

7) S. das Not. 5 citirte Progamm Nr. I u. meine Beweislehre S. 123—125.

8) Das Nähere über dieses in tit. Dig. 11, 1 behandelte Institut s. bei Puchta, Kurs. II. § 173 a. E.; Keller, röm. Civ.-Proz. § 51; Rudorff II. § 83; Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 550 ffl.

9) L. 1 § 1 h. t. 11. 1.

Prozeß begreiflich am Herzen liegen mußte [10]). Indessen sind sie nur von untergeordnetem Belang.

Wichtiger war es, daß die immer formeller werdende Natur des Prozesses mit innerster Nothwendigkeit eine formelle Feststellung des Streitigen und Unstreitigen erheischte, für die es bis dahin an einem Vorbilde fehlte. Man mußte seitdem die spezialisirteste Behauptung und Erklärung anstreben [11]) und dazu dient streng formulirte Frage und Antwort. Aus diesem Grund, als Ausdruck des vollendeten Formalismus, entstand der Gebrauch der sog. Positionen [12]). Nach Beendigung des Streites über die Präliminarien der Einlassungspflicht hatte der Kläger den gesammten faktischen Stoff seiner Klage in einzelne, solenn gefaßte Sätze zu zerlegen, welche nun, wie die röm. interrogationes, mit Zwang zur Antwort, und zwar nach mancherlei Schwanken durch Annahme einer confessio für den Fall der Unterlassung [13]), versehen wurden. Ja, schließlich wandte man, was in der That nahe genug lag, die Positionen auf jeden Thatsachenstreit, selbst vor der Litiskontestation, über den Grund dilatorischer Rügen u. dgl. an [14]).

---

10) Damas. tit. 18. 19; Pillius (ed. Bergmann) p. 19; Tancred. ib. p. 193; Durant. II, 2 de interrog; Lanfranc. de Or. pract. rubr. de responsionibus; Marant. VI de posit. s. articulorum productione; s. auch meine Beweislehre S. 132; Wetzell § 49, 106.

11) S. oben Not. 4; Wetzell § 70, II. 1.

12) Die Entstehungsgeschichte dieses Instituts soll noch immer unaufgeklärt sein; warum, sehe ich nicht ein. Wenn man erwägt, daß der Streit zunächst, und vielleicht sehr langwierig, sich um die Zulassung der Klage, d. h. um exc. dilat. u. litis ingress. impedientes drehte (s. § 170, II.) und daß die Klage, wie bei der Zweifelhaftigkeit ihrer Zulassung sehr passend, nur erst die Bezeichnung, nicht die Darlegung des thatsächl. Klaggrundes (s. § 164), und ebenso die Exzeption u. s. w. enthielt, so mußte nun nach der lit. cont. der Zeitpunkt da sein, das Faktum vorzuführen. Und daß dies in dieser Form geschah, wird nach dem Karakter des Prozesses Niemanden wundern (s. § 156). Die Positionen sind absolut Nichts, als die schematisirte narratio und peroratio der Thatsachen, welche im röm. mündl. Proz. formlos war. Die Anknüpfung an german. Rechtsideen (Zimmermann, der Glaubenseid § 25) und die Aufspürung einer sonstigen doktrinären Genesis kann man sich füglich ersparen. — Vgl. auch Renaud S. 221.

13) § 121. — Dieser Zweck erhellt bes. deutlich aus Damas. tit. 31 sqq.

14) Gaill. I. obs. 79 n. 11. — Die positiones ausführlicher darge-

C. Der Gebrauch der Positionen[15]), für die jedoch immer mehr der Name der Artikel üblich wurde, ging auch nach Deutschland über[16]). Es wurde mithin nach der Litiskontestation zur Bildung von Artikeln geschritten und darauf Antwort sub poena confessi erfordert. Indessen suchte man doch im Interesse der Abkürzung des Prozesses, da möglicherweise um die Formulirung und Zulässigkeit der Artikel ein eigener Streit entstehen konnte, die besondere Aufstellung derselben nach der Litiskontestation zu vermeiden. Die Zerspaltung des thatsächlichen Stoffs wurde schon in den Klaglibell verlegt, der also artikulirt abzufassen war[17]). Besondere Artikulirung nach der Litiskontestation konnte nur noch ausnahmsweise vorkommen und war durch das abzuleistende juramentum dandorum des Artikulanten, respondendorum des Respondenten, zur Sicherung gegen Chikane erschwert[18]). Davon abgesehen handelte es sich also um die Antwort auf die in der Klage enthaltenen Artikel, falls es wirklich zur Litiskontestation kam.

Damit hing die weitere Veränderung zusammen, daß sich allmählich die Ausscheidung des Thatsachenstreites durch ein Beweisinterlokut bildete (§ 157). Insofern dies allgemein, oder doch im besten Fall immer noch nicht speziell genug für das formalistische Bedürfniß lautete, blieben, um das Beweisthema bei Eröffnung der Beweisverhandlungen gerade so zu präzisiren, die sog. Probaterialartikel[19]) in Uebung. Sie trugen denselben Zwang

---

stellt bei Endemann, Beweislehre S. 133 ffl.; bei Zimmermann, der Glaubenseid 1863; sowie auch bei Hinschius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 S. 113 ffl. Cf. bes. Pillius II. § 11; Tancred. III, 3 § 4; Bonaguid. IV, 1—3; Durant. II, 2 de posit.; über das Verhältniß der posit. zu den interrog. des Richters ib. § 3; Scacc. de jud. I c. 60.

15) Ueber das Fragerecht im altgerman. Proz. (Beschwörung, Rede zu stehen) s. Siegel, Geschichte d. d. Gerichtsverf. I. § 19.

16) Ueber die Namen: positiones u. articuli s. Wetzell § 70 Not. 22. — Die doktrinellen Unterschiede von beiden s. z. B. Gaill. l. c. nr. 6 sqq.; Scacc. l. c. I 60 nr. 5 II. c. 7 qu. 40 nr. 450 sind sehr prekär. Renaud § 95, 10. — Endemann S. 178; Hinschius S. 117.

17) K.G.O. von 1496 Tit. 12 § 3; 1508 Tit. 1 § 8; 1555, III, 12 § 8; andere Gesetze s. Wetzell § 71, 28.

18) K.G.O. von 1555 I, 70; III, 15 § 1; D.A. von 1600 § 123. — Wetzell § 30, 46. Gaill. l. c. nr. 10.

19) Daß articuli in diesem Sinn auch schon im Kan. Proz. vor-

zur speziellen Antwort in sich, wie vordem die Positionen und Klagartikel. Eben darum konnte mit vollem Recht der J.R.A. § 34 die artikulirte Form der Klage als entbehrlich abschaffen. Er forderte nur, daß das Klagfaktum „kurz, nervose, jedoch deutlich, distincte und klar" vorgetragen werde, indem er im Uebrigen die Bildung von Artikeln, die er bei seiner Abkürzungstendenz auch sonst zu beschränken suchte [20]), je nach Bedürfniß dem Stadium der Beweisinstanz überließ.

D. Gerade so verhält es sich nach der gemeinen Prozeßlehre [21]) noch jetzt. Der Zwang zur Antwort, der ursprünglich von der Positionenform ausging, ist theils in die unartikulirte Klage verlegt, theils auf das Beweisverfahren aufgeschoben. Nach der Eventualmaxime begründet schon die erste formlose Behauptung einen solchen Zwang, sobald die Klage den legalen Erfordernissen entspricht, während deren Mangel den Verklagten von der Einlassungspflicht befreien würde. Hier und da sogar noch so, daß punktenweise Einlassung [22]) erheischt wird. Indessen ist diese meistentheils auch da, wo der Prozeß rein schriftlich, abgeschafft. Bei Mündlichkeit verschwindet das ohnehin von selbst.

Ist aber einmal in der Klage nicht mehr die Artikelform Bedingung des Zwangs zu einer speziellen Antwort, trägt die einfache thatsächliche Behauptung ein Recht auf Antwort in sich, so muß dies über den ganzen Prozeß hin gelten. Ein besonderes Fragerecht der Parteien kann man nicht mehr nennen, was die Konsequenz der Zweiseitigkeit und Verhandlungsmaxime ist. Jede Behauptung ist darnach eine Frage an die Gegenpartei. Vollends kann man das nicht wohl Fragerecht der Parteien nennen, da die Behauptung, wenn sie auch darauf bei legaler Beschaffenheit ein Recht hat, doch mit konkretem [23]) Zwang erst aus-

---

kamen, s. Wetzell § 70 Not. 22. — Das Weitere s. unten § 211, II. A. und Gaill. I. obs. 82.

20) J.R.A. § 41. 49; Wetzell § 49, 110 ffl. Osterloh § 203, 41. 49.

21) Aber nicht nach den modernen Prozeßordnungen, welche oft das Artikelwesen ganz beseitigt haben.

22) Der letzte traurige Rest der unnatürlichsten Zerreißung des Thatbestandes.

23) Schließlich läuft hier, wie öfter, die Kontroverse, ob im heutigen

gerüstet wird durch das Dekret des Richters, welches den Gegner zur Antwort auffordert[24]).

Die von Manchen auf Grund des Kan. R.[25]) behauptete Anwendung des Fragerechts, der zufolge der Richter auf Antrag der Partei oder letztere durch Vermittlung des Richters zur Beseitigung von Undeutlichkeiten oder Lücken Fragen an den Gegner soll richten können, findet ihre natürliche Beschränkung durch die Prinzipien der Verhandlungsmaxime und der Präklusivität, wonach es viel vortheilhafter ist, solche Fragen zu unterlassen.

§ 112.

C. Der präklusive Karakter der Parteihandlungen und die prozessualische Restitution.

Martin § 296; Linde § 423; Heffter § 465; Schmid § 244; Osterloh § 116. 259; Wetzell § 53; Renaud § 188. 191.

I. Aus dem Bisherigen ergibt sich bereits dasjenige, was man füglich den präklusiven Karakter des Prozesses nennen mag. Die Parteien sind an ihre Angriffshandlungen und Vertheidigungen, Behauptungen und Erklärungen zufolge der Verhandlungsmaxime der Art gebunden, daß sie denselben, nachdem sie einmal in dieser Gestalt vorliegen, bzw. an den Gegner gelangt und von diesem akzeptirt, d. h. nach dem Sprachgebrauch der Theorie gemeinsam geworden sind[1]), nichts mehr zu ändern vermögen, sondern auf deren Grundlage hin Urtheil nehmen müssen. Von diesem Stand-

---

Prozeß ein Fragerecht den Parteien zusteht, s. Deurer, Arch. f. civ. Pr. Bd. 25 S. 206; Mittermaier das. Bd. 39 S. 282, auf den Namensstreit hinaus, ob man das, was besteht, so nennen will, oder nicht.

24) Die Macht, welche die Antwort erzielt, ist getreu dem Karakter unseres Prozesses das Gericht. Das kann natürlich wieder anders werden. — Daher betrachten es auch mit Recht die neueren Prozeßgesetze als etwas Besonderes, wenn sie in einzelnen Fällen ein Fragerecht der Parteien analog dem richterlichen (§ 136) konstituiren; s. z. B. Bad. P.O. § 279. — Vgl. über den englischen Prozeß, der general traverse u. special tr. (fast positionenweise) kennt, Rüttimann § 295 ffl.

25) Clem. 2 de V. S. 5, 11; Renaud § 95, 14.

1) Die Gemeinsamkeit der Beweismittel (§ 209, 7) und der Rechtsmittel (§ 235, II) ist nur eine Konsequenz des nämlichen Grundgedankens.

punkte aus können auch Nachbringungen nicht mehr gestattet sein, da solche nichts Anderes, als Veränderungen jener einmal vorhandenen Grundlage darstellen. Früher, im kan. Prozeß, war dies gestattet (vgl. § 116, II), im modernen Prozeß trifft das Bedürfniß der formalistischen Verhandlungsmaxime und das Bedürfniß der Abkürzung darin zusammen, die einzelnen Handlungen oder noch lieber schon die dafür gesetzten Fristen (s. § 117) für präklusiv zu erklären [2]).

Existirt daher für jede Partei, nachdem die Klage angebracht, die Verpflichtung, alle weiteren Handlungen innerhalb präklusiver Zeitbestimmungen vorzunehmen und sich lediglich auf Grund dessen, was sie innerhalb der Zeitbestimmung vorbringt und so, wie sie es vorbringt, oder auf Grund ihrer Unterlassung beurtheilen zu lassen, so sind es insoweit eben die Parteien, welche durch ihre positive oder negative Thätigkeit den Prozeßstoff darbringen.

Die innere Rechtfertigung der Präklusivität liegt unmittelbar in der Verhandlungsmaxime, welche, gleichviel ob Verzicht der präkludirten Partei unterstellt wird, oder nicht, dem Richter gebietet, die Parteien so zu beurtheilen, wie sie gehandelt, oder nicht gehandelt haben (§ 99 a. E.).

II. Je strenger aber die Bindung der Parteien in dieser Richtung auftritt, desto nothwendiger wird es, gegen die Folgen einer solchen formellen Behandlung doch die Möglichkeit einer Abhülfe zu gewähren. Indem bloses Nachbringen mit oder ohne Entschuldigung nicht mehr genügen kann, dient die sog. prozessualische Restitution [3]), welche sich sowohl auf positive Handlungen und Erklärungen, wie auf Unterlassungen bezieht [4]), dazu, die hieraus erwachsenden Nachtheile zu beseitigen [5]).

---

2) Erklärungshandlungen sind sogar nicht blos unter die Präklusion, sondern auch noch unter den Rechtsnachtheil des Eingeständnisses gestellt. S. § 124.

3) im Gegensatz des Rechtsmittels der Restitution, wovon in § 246 ffl. Wetzell § 53 behandelt beide Arten zusammen. Vgl. weiter Roßhirt, Arch. f. c. Pr. Bd. 46 S. 381; Harkter, Zeitschr. f. C.R. u. Pr. N. F. XX. S. 119. 146; auch Heinzerling, die gemeine deutsche Civ.-Proz.-Restit. 1865.

4) Renaud § 191, 1. 3.

5) Die Hauptanwendung ist allerdings bei den Versäumnissen (s. § 124

Als Voraussetzung wird erfordert:

A. ein genügender Restitutionsgrund. Minderjährigkeit, Verschulden des Anwaltes, gerechte Hinderung (generalis clausula), Irrthum, Zwang und Arglist, sowie die Neuentdeckung erheblichen Materials an Thatsachen und Beweisen, kommen ganz in derselben Weise für die prozessualische Restitution in Betracht, wie für die Restitutionsklage gegen Sentenzen (s. § 248)[6]).

B. eine Läsion, welche nach dem bereits Bemerkten ebensowohl in einer vorgenommenen Handlung, als in einer Unterlassung bestehen kann, sofern daraus für die Partei ein Nachtheil erwächst. Zum Begriffe der Läsion ist nicht erforderlich, daß bereits richterliches Dekret ergangen sei. Denn, da der Richter auf Grund der Akten erkennen muß, so ist die Erklärung, wie die Unterlassung an sich schon nachtheilig dadurch, daß sie Bestandtheil des Prozesses geworden, auch bevor die Resultate von dem Richter daraus gezogen

---

IV. B); allein Restitution wird auch gegen ausdrückliche Geständnisse, Eidesverweigerungen (§ 198 und § 203 II. A), Verzichte (§ 104) u. dgl. Bedürfniß. Wetzell Not. 15a. Seuffert XV, 173. 268. Es läßt sich leicht erkennen, daß die Restitution in diesem Sinn im mündlichen Prozeß, der den gemeinrechtlichen Formalismus der Bindung an die einseitig vorzunehmende Handlung gar nicht kennt, eine ganz andere Rolle spielen muß. Im R. R. handelt es sich nur um die Subvention der minores (tit. Dig. 4, 4; Cod. 2. 22) und der ihnen gleichzustellenden Personen (tit. Dig. 4, 6, bes. L. 22 § 2 u. a.) gegen gerichtliche Verhandlung und Sentenz. Bei den mittelalterlichen Schriftstellern und bis in die neuere Zeit ist regelmäßig nur von der rest. contra sententiam die Rede; vgl. die in der Sammlung: tractatuum de i. i. restitutionibus tom. IV. Francof. 1586 gesammelten Schriften, bes. des Sf. Oddus; Danz § 443. 447; so auch Bayer § 332; oder nur in der Lehre von contumacia; s. unten § 124. Dabei ist freilich zu beachten, daß Sentenz jeder rechtskräftige Zwischenbescheid ist. Die reine Restitution blos gegen einzelne Versäumnisse oder Handlungen ist erst ein Institut des modernsten Prozeßrechts; gerade daraus erklärlich, daß die Anfechtung der Zwischenerkenntnisse durch andere Rechtsmittel sehr eingeengt worden ist; s. § 140. Die Restitution stets bis zur appellabeln Sentenz aufzusparen, wäre unzweckmäßig. Daher denn r. i. i. schon wegen des blos drohenden, aber nach der Verhandlungsmaxime unausbleiblichen Nachtheils. S. Wetzell und Renaud a. a. O. Man kann aber die r. i. i., wie sie bei Vertragsakten besteht, solchergestalt auf die Prozeßhandlungen anwenden, weil eben nach der Verh.Max. diese stets als (formell, prozessualisch) obligatorische Akte erscheinen. — Vgl. übrigens unten Nr. V.

6) Renaud S. 584.

worden sind[7]). Ist aber auf Grund der Erklärung oder Versäumniß Verfügung ergangen, so liegt um so mehr Veranlassung zur Restitution vor, welche sich folgeweise äußerlich gegen das betreffende Dekret oder den Bescheid, zumal Kontumazialbescheid, materiell jedoch gegen die Erklärung oder Versäumniß richtet[8]). Die Unterlassung aber erweist sich nur dann nachtheilig, wenn es nach Maßgabe der Sache und des Prozesses erhebliches und zulässiges Vertheidigungsmaterial ist, welches dadurch der Kognition entzogen wurde[9]).

III. Die Restitution wird ausgeschlossen:

A. durch rechtskräftige Anerkennung[10]),

B. durch Verzicht[11]), der nach dem Verhandlungsprinzip besonders bedeutend wird, weil er jedesmal stillschweigend unterstellt werden muß, wenn die Partei nach gegebener Möglichkeit, die Restitution geltend zu machen, ohne Vorbehalt und mit Kenntniß der erlittenen Läsion die nächste präjudizirliche Handlung vornimmt[12]).

---

7) Wetzell S. 620, 16. 640, Nr. a. Anders freilich, wenn erst das Richterdekret präkludirt; s. §. 123. Alsdann richtet sich die Restit. erst gegen dieses und der Unterschied von der rest. contra sententiam verwischt sich leicht, s. unten V.

8) Ueber Kontumazbescheid s. Wetzell § 53, 17.

9) Als solches würde das nicht gelten, was eine unzuläßige Klagänderung involvirt; s. § 166. Dagegen läßt man neue Einreden, Repliken, Beweis- und Rechtsmittel u. dgl. zu. — S. über den obigen jetzt allgemein festgehaltenen Satz Wetzell Not. 15, Renaud § 191, 6; über die Folge s. unten IV. A. 2.

10) Ob diese (vgl. unten IV. B) den Sinn hat, daß nur der geltend gemachte Restitutionsgrund aberkannt wird, wo dann Geltendmachung eines andern gewiß nicht versagt ist, oder ob sie z. B. ausdrückt, daß gar keine Läsion vorliege, wo dieses neue Material mit keinerlei anderem Restitutionsgrund nochmals eingeführt werden kann, ohne daß damit anderes Material ausgeschlossen wäre, ist allemal erst zu prüfen. Wetzell Not. 84; L. 1—3 Cod. si saepius i. i. r. 2, 44. Schletter's Jahrb. VIII S. 113 Nr. 2.

11) L. 3 § 1. L. 20 § 1. L. 21 de minor. 4, 4.

12) Wetzell Not. 83. Das gestaltet sich verschieden bei den verschiedenen Restitutionsgründen. Die r. i. i. propr. minor. aet. wird erst verloren, wenn der major factasverzichtet; wegen culpa advocat., oder Irrthum erst nach der Entdeckung u. s. w.

C. Ablauf des quadriennium restitutionis, welches mit dem Ende des die Restitution begründenden Zustandes zu laufen beginnt [13]).

IV. Das Verfahren beginnt

A. mit dem Restitutionsgesuch, dem gemeinrechtlich eine bestimmte Frist nicht gesetzt ist [14]). Es muß enthalten:

1. Die Darlegung des Restitutionsgrundes, und zwar, soweit nicht Beweis überflüssig erscheint [15]), unter sofortiger Liquidstellung, welche nicht immer gerade vollen Beweis erheischt, sondern oft als blose Bescheinigung betrachtet wird [16]).

Zur Bescheinigung der Schuldfreiheit der Partei, sowie der Verhinderung oder des Irrthums dient außer jederlei anderen Mitteln, bezw. in deren Ermangelung der Restitutionseid [17]),

---

13) S. § 247, IV. Davon braucht hier nicht ausführlicher die Rede zu sein, weil es sich nach Ablauf von 4 Jahren, wenn nicht die Restitution schon durch nachfolgende Handlungen verzichtet ist, nach heutigen Zuständen schwerlich noch um blos prozessualische Restitution handelt, sondern um Restitution gegen Sentenz. — In neueren Ges. sehr abgekürzte Fristen; s. Renaud Not. 26. — Die reichsges. Bestimmung (D. A. 1600 § 86), daß für Rest. contra lapsum fatalium aut alii termini praejud. nur innerhalb der Frist (seit Hebung des Hindernisses) soll zu suchen sein, welche man re adhuc integra gehabt hätte ad petitionem instit., ist jedenfalls so sehr in Vergessenheit, daß der Streit, der sich um die — keineswegs klare — Anordnung dreht, übergangen werden darf. Vgl. Wetzell Not. 96 und die Vertheidigung jenes Satzes bei Renaud Not. 22 ffl.

14) Vgl. oben Not. 10—12. Lüb. P.O. § 144 setzt eine vierzehntägige Frist; desgl. Bad. P.O. § 213 ffl.

15) Bes. Bescheinigung der Minderjährigkeit wird meist nicht mehr nöthig sein, die der culpa advocati liegt schon in dem von dem Anwalt unterschriebenen Bekenntniß vermöge seiner Dienstpflicht. — Seuffert XVIII, 82.

16) In einem (von Renaud § 227, 11. 12 bekämpften) Gegensatz zu der rest. contra sententiam; s. § 249, I. Aus den posit. Quellen läßt sich derselbe allerdings nicht nachweisen; aber in der Praxis ist er üblich und sehr begreiflich, daß man sich mit Bescheinigung begnügt, wenn so häufig gar nicht zweiseitig verfahren wird (s. Not. 21).

17) Ursprünglich reiner Kalumnieneid, Wetzell § 29, 19, Renaud § 191, 15 ffl., namentlich der Advokaten; s. Gem. Besch. vom 7. Juli 1671 und 4. April 1721; auch K.G.O. 1555 II. 6 § 1; Konz. v. 1613 II 6; J.R.A. § 73. 78. 118.

welcher angeboten, oder auch von Amtswegen auferlegt und von der Partei selbst [18]) abgeleistet wird.

2. Die Darlegung der Läsion, welche bei Restitutionen gegen Versäumnisse in der sofort beizufügenden Nachholung des versäumten Vorbringens besteht, indem davon ausgegangen wird, daß aus deren Vergleichung mit dem Inhalte der Akten erhellt, ob die Unterlassung einen Nachtheil für die Partei zur Folge gehabt hat. Es sind daher die Behauptungen, Beweismittel oder Anträge, denen durch die Restitution Eingang verschafft werden soll, sofort mit dem Gesuche zu verbinden [19]).

B. Das Gesuch ist bei dem kompetenten Gericht die Hauptsache [20]), wo der Nachtheil entstanden, anzubringen. Dieses hat das Gesuch nach seinen formellen und materiellen Voraussetzungen zu prüfen. Fehlt die Begründung, so ist es zurückzuweisen. Ob durch einfaches Dekret oder durch förmlichen Bescheid, richtet sich danach, ob auf einseitige oder auf zweiseitige Verhandlung verfügt wird. Erweist es sich als begründet, so wird es entweder, worüber nur das konkrete Bedürfniß entscheiden kann [21]), dem Gegner sammt der nachgeholten Handlung zur Erklärung

---

18) Nicht mehr in animam durch den Prokurator; § 203, 9 ffl.

19) Wetzell Not. 10 ffl. und 105. Renaud Not. 7. Daß das nicht aus dem Vis.A. von 1533 § 5 u. a. R.Ges. (Wetzell Not. 14) herzuleiten ist, bedarf kaum der Erwähnung. Diese Nachholung ist lediglich Folge der vollendeten Schriftlichkeit. Im mündlichen Prozeß ist schon die Nichttheilnahme an der Verhandlung hinlängliche Ursache zur Restitution und solche Nachholung gar nicht möglich. Daher denn auch das R. R. davon Nichts sagt. Da sich aber jetzt der Prozeß durchweg in einseitigen Handlungen bewegt, ist die einseitige Nachholung möglich und ihre sofortige Verbindung der Abkürzung halber zweckmäßig. — Vgl. Lüb. P.O. § 143; Bad. P.O. § 216.

20) Versteht sich für die rein prozess. Restitution vollends von selbst; vgl. § 249, II; Wetzell Not. 99. Bei Restitution gegen Fatalien ist das der judex ad quem, obwohl die Fatalienwahrung bei dem Unterrichter geschieht (s. § 236, I), Wetzell Not 103; wofür der Grund darin liegt, daß für die Einlegung der Rechtsmittel der judex a quo eigentlich nur Vertreter des Oberrichters ist.

21) Wetzell Not. 119; Lüb. P.O. § 145. Bei r. i. i. contra sententiam ist das natürlich durchaus nöthig, s. § 249, 16.

mitgetheilt und so das förmliche Restitutionsverfahren[22]) eingeleitet, welches sich als Inzidentabschnitt weiter entwickelt und mit einer förmlichen, allen Rechtsmitteln unterworfenen Sentenz[23]) über Ertheilung oder Versagung schließt. Oder es wird brevi manu, d. h. sofort oder nach vorgängigem Restitutionseid die Restitution, auf einseitige Bitte bewilligt, wobei jedoch dem Gegner die Remonstration offen bleibt[24]). Die Kosten des Restitutionsverfahrens trägt jedenfalls der Nachsuchende[25]).

V. Die Restitution wegen Erklärungen oder Unterlassungen richtet sich, sobald, wie namentlich häufig bei Versäumniß der Fall (§ 124 a. E.), daraufhin Erkenntniß ertheilt worden ist, gegen das letztere und tritt mithin in der Form des Rechtsmittels der Restitution gegen die Sentenz (§ 247, III) auf, wenn es sich auch materiell eigentlich darum handelt, die Erklärung oder Unterlassung zu beseitigen, aus welcher die Sentenz nur die Folgerung gezogen hat.

---

3. Kapitel.

Die Thätigkeit des Gerichts.

§ 113.

I. Uebersicht.

Osterloh § 87; Wetzell in § 43; Renaud § 150.

Während die Parteien durch ihre Thätigkeit den Stoff des

---

22) Suspensiveffekt im eigentlichen Sinne kann nur bei Rest. gegen Sentenzen in Frage kommen; s. § 249, III. Ob bei proz. Rest. gegen Fristen der Sache Einhalt zu thun, hat das Gericht zu ermessen. Seuffert VIII, 205. L. un. Cod. 2,49 bezieht sich nur auf die erstere Art von Rest.

23) L. 38 de minor. 4, 4; L. 1 Cod. si saep. 2, 44. Auch Restitution ist dagegen wieder möglich. Wetzell Not. 84. — Bad. P.O. § 223.

24) Ueber die Entstehung dieses abkürzenden Gebrauchs schon in den Reichsgerichten, zuerst bei den Appellationsfatalien, s. Wetzell Not. 120; Renaud Not. 20; s. auch neuere Ges. Lüb. P.O. § 145 u. a. — In solchem Fall kann sogar die Restitutionsertheilung stillschweigend in der Gewährung der durch dieselbe bedingten weiteren Handlung liegen.

25) Renaud Not. 28.

Prozeſſes liefern, fällt die Hauptthätigkeit in der Formirung deſſelben und die Entſcheidung dem Gerichte zu. So wenigſtens nach dem Standpunkte der gemeinen Theorie. In modernen Geſetzen freilich wird nicht ſelten dieſe Thätigkeit des Gerichts erheblich beſchränkt und ein Theil derſelben entweder geradezu dem Selbſtbetrieb der Parteien überantwortet oder doch weit mehr auf deren Mitwirkung geſtellt, als nach der Grundidee des ſeitherigen Prozeſſes der Fall war.

Die letztere weiſt dem Gerichte zu:

1. die Beurtheilung und Entſcheidung des Streites durch richterliches Erkenntniß, welche als der eigentliche Zweck des Prozeſſes erſcheint, und vor dem der andere Zweck, möglicherweiſe die Eigenentſcheidung der Parteien, durch Vergleich, Anerkennung u. dgl. zu fördern, welcher ohnedem gleichfalls der richterlichen Thätigkeit empfohlen iſt (§ 94 u. 106 IV), verhältnißmäßig zurücktritt.

2. die Leitung des Prozeſſes, und zwar ſowohl die formelle, wie die materielle (§ 114. 126). Die Parteien bewegen ſich innerhalb der von dem Richter getroffenen Zeit- und Ortsbeſtimmungen in von demſelben anbefohlenen, ſukzeſſiven Handlungen, welche, indem ſie nach dem Prinzip der Schriftlichkeit und Zweiſeitigkeit einzeln vorgenommen werden, einzeln der Prüfung ihrer Legalität von Seiten des Richters unterliegen.

So bedeutend hiernach die Gewalt des Richters ſich erweiſt, indem ſie beſtändig die Legalität und Erheblichkeit der einzelnen Handlungen zu überwachen hat, ſo erſcheint ſie doch inſofern beſchränkt, als vermöge der Verhandlungsmaxime der Richter an das äußerlich legale und relevante Vorbringen abſolut gebunden iſt und darin, ohne eigene Thätigkeit in der Erforſchung der realen Verhältniſſe entwickeln zu können (§ 99 II u. § 108), die alleinige Grundlage der Kognition zu finden hat [1]).

3. die Vollziehung oder Vollſtreckung der Verfügungen und Beſcheide, ſowie

4. in dem ſchriftlichen Prozeß die Sorge für die Akten.

---

1) Das geſtaltet ſich vorzugsweiſe im mündlichen Prozeß anders; ſ. § 126; aber theilweiſe durch die Abſchwächung der Verhandlungsmaxime auch ſchon im ſchriftl. Prozeß.

Es erhellt leicht, daß als absolut wesentliches Attribut des Gerichts außer der Bestimmung von Zeit und Ort der Verhandlung eben nur die Kognition in der Sache selbst gelten kann, während alles Uebrige sich je nach dem Karakter des Prozesses ordnen läßt [2]).

II. Formelle Prozeßleitung.

§ 114.

A. Begriff derselben.

I. Unter formeller Prozeßleitung [1]) ist so viel unter allen Umständen begriffen, daß das Gericht die Anträge der Parteien entgegenzunehmen und die äußeren Bedingungen für die gerichtliche Verhandlung, also insbesondere Zeit und Ort, zu gewähren hat.

Allein damit verbindet sich, was keineswegs damit immer verbunden war (s. z. B. § 16) und verbunden zu sein braucht (s. unten IV), die Sorge für die Fortbewegung des Prozesses, welche sich in zwangsweiser Aufforderung zum Handeln äußert [2]).

II. Die formelle Prozeßleitung, welche demnach zugleich die Aufforderung zum Handeln unter einem bestimmten richterlich auferlegten Zwang in sich schließt, vermischt sich häufig und unwillkührlich mit der materiellen Prozeßleitung. Die Prüfung der

---

2) Daß gemeinrechtlich so viel auf das Gericht gelegt wurde, zeigt die bureaukratische Tendenz, welche der Selbstthätigkeit möglichst wenig überläßt und Alles von der Richtergewalt abhängig macht.

1) S. über die Prozeßleitung überh. Puchta, des Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters 1836; Gönner I, 10; Wetzell § 45; Renaud § 150.

2) Diese Zwangsleitung, das gerade Gegentheil der Idee, daß das Gericht nur die Gelegenheit zur Verhandlung zu gewähren hat, tritt schon bei den Kanonisten hervor; s. § 122, II. Aber dort und auch noch später erscheint vermöge der Verhandlungsmaxime der Zwang doch immer noch der Form nach als ein Recht der einen Partei wider die andere, vermittelt durch den Richter. Im modernen Prozeß aber macht sich immer offener der Gesichtspunkt der Gerichtsgewalt geltend, die ex officio (s. § 110, 6) die Prozeßdirektion und dadurch einen intensiven Einfluß auf den äußeren Fortgang des Prozesses übt.

Legalität und Erheblichkeit des einzelnen Antrags bildet insofern die Vorbedingung für den Erlaß auch der Zeitbestimmung und Ladung, als bei einem etwaigen Mangel letztere von vorn herein vergeblich wäre.

Damit hängt weiter zusammen, daß

III. sehr häufig die formelle Prozeßleitung, für sich allein genommen, als eine im Vergleich zu der Kognition untergeordnete oder blos administrative Thätigkeit des Gerichts erscheint. Sie kann daher, zumal wo, wie im mündlichen Verfahren, die gemeinrechtliche materielle Prozeßleitung (§ 126) nicht mehr existirt, sehr wohl lediglich dem Vorsitzenden eines Kollegialgerichtes, dem Referenten oder gar dem Sekretariat überlassen werden[3]).

IV. Im mündlichen Verfahren fällt für den vorbereitenden Schriftenwechsel häufig alle Prozeßleitung des Gerichts hinweg, indem die Mittheilung lediglich von Partei zu Partei, bzw. Anwalt zu Anwalt geschieht[4]). Sie besteht alsdann in der Anberaumung des Audienztermins. Dagegen tritt dort als fernere Aufgabe des Gerichtes die äußere Leitung der mündlichen Verhandlung hinzu, welche regelmäßig dem Vorsitzenden übertragen wird[5]).

§ 115.

B. Ertheilung des Gehörs und Mittheilung der Anträge.

Martin § 17. 62 a. E.; Linde § 118. 164; Osterloh § 32. 89.

I. Die Ertheilung des Gehörs, als erste nothwendige Voraussetzung aller richterlichen Thätigkeit, besteht im mündlichen Prozeß in dem Anhören der zweiseitigen oder auch nur einseitigen, im schriftlichen Prozeß dagegen in dem Annehmen der regelmäßig getrennten, also einseitigen Parteihandlungen.

---

3) Lüb. P.O. § 49; Han. P.O. § 114; D. E. § 175.

4) Daß diese französische Einrichtung schon alt ist, s. Schäffner, Gesch. der R.-Verf. III S. 513; über das englische Verfahren s. Rüttimann § 123. — So bes. scharf nach dem Preuß. E.; nach der Lüb. P.O., auch D. E. § 132. 176; Bair. E. Art. 177. 178. Einreichung im Aktuariat (§ 3), Mittheilung durch den Präsidenten (§ 57).

5) D. E. § 135; Bair. Art. 122 ffl. Bad. P.O. § 999.

A. Was die Form betrifft, so besteht das Gehör

1. bei voller Schriftlichkeit lediglich in der Annahme der Eingaben[1]), welche durch das Aufsetzen des Präsentatums, der Zeitbezeichnung des Eingangs[2]), bzw. durch Eintrag in ein Register konstatirt wird[3]);

2. bei Verfahren zu Protokoll in der Aufnahme eines solchen[4]). Auch hier ist also das Gehör Fixirung zu Papier, und zwar sowohl bei einseitigen Anträgen, wie bei förmlicher Verhandlung.

B. Die Ertheilung des Gehörs ist absolute Pflicht des Gerichts (§ 32 IV). Es muß Alles annehmen und folglich, streng betrachtet, auch zu Protokoll bringen, was ihm dargeboten wird, sobald der Antragsteller darauf besteht[5]). Das Gericht, welches das Gehör versagt, setzt sich der Beschwerde wegen Justizverweigerung (§ 33) oder unmittelbarer disziplinarischer Ahndung aus.

C. Jede angenommene Handlung der Partei hat ein Recht auf Verfügung. Versagung einer solchen würde wieder Justizverweigerung sein. Ja, man gibt sogar jedem Parteiantrag in gewissem Sinne ein Recht auf in die Sache eingehende Verfügung, insofern man gegen Zurückweisung aus blos formellen Gründen ebenfalls die Justizverweigerungsbeschwerde zuläßt (§ 33 III).

Uebrigens kann die partikular übliche (kurzer Hand) Zurückgabe von Parteischriften wegen irgend eines sie zur Annahme untrüglich machenden Mangels, wenn auch die Form darauf hindeutet, keineswegs als Versagung des Gehörs gelten. Vielmehr ist sie nur ein anderer Ausdruck der Verfügung, welche sonst als zurückweisendes Dekret, unter Zurückbehaltung der Schrift bei den Akten, oder als Verbesserungsauflage auftritt, und hier durch Inskript

---

1) Niederlegung im Sekretariat nach der Han. P.O. § 143 u. a.

2) Osterloh § 89 Not. 3; Martin, Vorl. I S. 532; Wetzell § 65, 11.

3) Damit ist namentlich die Grundlage für die accusatio contum. gewonnen.

4) Die bei dem recessus scriptus loco oralis (§ 96, 14) die leere Form eines Protokolls über Entgegennahme der schriftlichen Rezesse ist.

5) Daß das faktisch doch nicht geschieht und die an sich zulässige Abmahnung von dem Anbringen mitunter übermäßig ausgebeutet wird, begreift sich leicht.

auf der damit an die Partei zurückgehenden, weil bei den Akten entbehrlichen, Schrift erfolgt.

II. Wenn die Parteien in getrennten einseitigen Vorträgen thätig werden, so erfordert das Prinzip der Zweiseitigkeit zunächst die Mittheilung, Kommunikation oder Benachrichtigung des Gegners als Vorbedingung für dessen weiteres Handeln. In dem gemeinen Prozeß gehört die Mittheilung zur Amtspflicht des Richters; so sehr, daß darum gar nicht besonders gebeten zu werden braucht[2]). Solche Kommunikationen können auch im mündlichen Verfahren vorkommen, allein im schriftlichen Prozeß zeigt sich geradezu eine fortlaufende Kommunikationspflicht. Sie werden vermittelt durch Kommunikativdekrete oder Notifikationen[7]), welche eine Abschrift, ein Duplikat zufertigen, oder Einsicht der betreffenden Aktenstücke gewähren. Meist verbindet sich damit zugleich eine Aufforderung zum Handeln (Ladung) oder sonstige materiell eingehende Verfügung. Darnach unterscheidet man: reine, d. h. nur zur Nachricht (ad deliberandum) mittheilende und gemischte, d. h. zugleich zur Erklärung u. s. w. auffordernde Kommunikativdekrete[8]).

---

6) Das war weder im R. R., noch auch in dem an das spätere R. R. anschließenden K. R. der Fall. Die Mittheilung erschien dort noch, wie am besten die editio actionis lehrt, s. z. B. Damas. tit. 7 pr.; Ricard. Angl. (ed. Witte) p. 5 v. 12 u. a., als Anspruch der Partei. Erst in der neueren Zeit ist der Gesichtspunkt, daß die Partei die Kommunikation extrahirt, oder daß sie es ist, welche durch den Richter mittheilen läßt, fast ganz durch die Idee verdrängt worden, daß einfach der Richter kraft seiner Gewalt die Mittheilung zu besorgen hat. — Vgl. § 110, 6; Renaud § 150, 3.

7) Martin § 106, u. I S. 536; Osterloh § 94 S. 199; Wetzell § 45 Not. 15.

8) Dies ist wieder einer der Punkte, den die neuen Mündlichkeitsordnungen meist ganz umgestalten. Die Mittheilung und Zustellung der einzelnen Handlungen vor der Tagfahrt, wie die ganze Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, wird darnach oft Sache der Parteien unter sich, mit Hülfe der Gerichtsvollstrecker; s. z. B. D. E. § 123. 155 u. a.; vgl. unten § 143.

C. Aufforderung zu erscheinen und zu handeln.

§ 116.

1. Bedeutung derselben.

Das Prozeßverfahren erheischt, daß irgendwie an die Parteien die Aufforderung ergeht, vor Gericht zu kommen und dort zu handeln. So viel ist gewiß, daß mit einer solchen Aufforderung jedesmal eine Zeit- und Ortsbestimmung verbunden sein muß. Allein darin, wer die Aufforderung erläßt und wie, insbesondere unter welchem Zwange sie erlassen wird, kann die größte Verschiedenheit herrschen, jenachdem dieselbe aus dem Rechte und dem Willen der Parteien, oder aus der Gewalt des Gerichtes hervorgeht.

I. Im R. R. ist ursprünglich die erste Ladung des Verklagten, in jus vocatio, ein außergerichtlicher Akt des Klägers, der, unter bestimmten Formen vorgenommen, den Gegner verpflichtete, entweder sofort zu folgen, oder ein vadimonium zu bestellen [1]). Sie ging in der Folge über in die ebenfalls ursprünglich außergerichtlich unter Privatzeugniß, später zwar unter Bekundung einer öffentlichen Behörde, aber keineswegs nothwendig, durch das zuständige Gericht zu bewirkende litis denuntiatio [2]). Weiter nöthig werdende Termine in jure wurden ebenfalls durch vadimonium, also durch Privatobligation der Parteien gesichert [3]). In judicio folgte das erste Erscheinen aus der obligatorischen Litiskontestation. Weitere Termine kamen durch Verabredung unter den Parteien und dem judex zu Stande [4]). Das Alles entspricht dem rein privatrechtlichen Karakter des Prozesses.

In der Periode des kaiserlichen Beamtenthums aber wird

---

1) Puchta, Kurs. II § 160; Rudorff R.G. II 63; Bethmann-Hollweg I § 32; II § 83; über die nur ausnahmsweise evocatio des Gerichts s. das. Not. 28.

2) Bethmann-Hollweg III S. 234 ffl.

3) Puchta a. a. O. Not. 1; Rudorff I S. 96 Not. 30 (L. Jul.); II § 15; Bethmann-Hollweg II 83 Not. 10 ffl.

4) Rudorff II § 15 Not. 57; vgl. Bethmann-Hollweg II S. 591. Woher sollte auch der judex privatus die Macht zu einer Zwangsladung im heutigen Sinne nehmen?

allmählig der Richter Vermittler und später mehr, als bloser Vermittler der Ladung. Letztere, auf Antrag erlassen, wird aus einer conventio der Parteien zu einer commonitio, admonitio s. citatio von Seiten des Richters[5]). Damit hängt zugleich eine Wandlung in der Methode der Zeitbestimmung zusammen. Während die außergerichtliche Ladung nothwendig mit einer gesetzlichen Frist-, bzw. Terminsbestimmung versehen sein mußte[6]), ist es nicht minder begreiflich, daß bei gerichtlicher Ladung auch die Zeitbestimmung, wenn gleich nicht ausgeschlossen ist, daß darüber dem Richter gesetzliche Vorschriften bestehen, wesentlich als Akt der Richtergewalt erscheint[7]). Indessen war der Prozeß doch selbst in der späteren Zeit noch so weit mündlich-terminlich, daß, abgesehen von der unter scharfe gesetzliche Fristen gestellten schriftlichen Einreichung des Appellationslibells u. dgl., bei Bestimmung der Zeiten Vieles der bequemen Verabredung zwischen dem Richter und den Parteien überlassen bleiben konnte[8]). Ebenso waren die richterlichen Zwangsmittel in der heutigen Weise bei Weitem noch nicht vorhanden[9]).

II. In dem K. R. wurden zunächst die Fristen in eine ganz andere Bedeutung versetzt, seit die früher einheitlich-mündliche Verhandlung der Trennung der Handlungen Platz machte (§ 98). Auf jede zunächst einseitig vorgenommene Handlung hat der Gegner ein Recht der induciae deliberatoriae s. instructoriae[10]),

---

5) L. 3 Cod. de ann. exc. 7, 40; L. 13 Cod. de jud. 3, 1. Bethmann-Hollweg III § 152 Not. 34; Rudorff II § 65 a. E.; Wetzell § 68 Not. 6. 8. Im justin. Recht ist das die einzig übliche Form.

6) Bethmann-Hollweg II § 83 über die in jus voc., u. III § 151 über die lit. denunt.

7) Nov. 69 c. 1.

8) Vgl. auch Wetzell Not. 16 ffl. Daher ist die Fristerstreckung (§ 119, I) kaum besonders zu erwähnen.

9) S. § 122, I. — Die volle Analogie der Parteienladung bietet auch in dieser Richtung die Zeugenladung; s. § 188, I.

10) c. 2 X. de dilat. 2, 8; Durant. II, 1 de praepar. jud. nr. 1. Wetzell Not. 14. Sei es, daß diese Frist nur eine einmalige, sofort peremtorische, oder, wie bei der Klagbeantwortung, aus Mißverständniß der im R. R. vorkommenden dreimaligen Ladung (Wetzell Not. 23), eine mehrmalige in der Weise war, daß erst die letzte peremtorisch wird. In der Regel sollte erst das dritte edictum citationis peremtorisch sein; indessen

d. h. einer Frist zur Vorbereitung der Vertheidigung oder zu anderweiter Erledigung. Die Partei hat darum zu bitten, aber der Richter muß sie geben. In der karakteristischen Besorgniß vor Beschränkung und Beschädigung der Partei auf der einen, und Mißbrauch der Streittheile und des Richters auf der andern Seite sucht das Gesetz oder die Doktrin das Fristenwesen ausführlichst und abstrakt zu ordnen. Die Zeitbestimmung und die dadurch begrenzte Ladung fließt entschieden aus der Autorität des Gerichts; aber dieses letztere ist durch die strikte Regel, welche es nicht-blos wegen Verzögerung oder Verengung der Frist, sondern auch wegen Einhaltung aller sonstigen legalen Erfordernisse der Citation verantwortlich macht, selbst wieder gebunden. Daher die Masse von Einzelbestimmungen über die Fristen, die einen eigenen Gegenstand der causae cognitio bilden [11]), sowie über dasjenige, was sonst bei der Citation zu beobachten ist und, wenn mangelhaft, den Stoff zu einer Menge von Einwendungen darbieten kann [12]). Dem entspricht vollkommen das System der Zwangsmittel, dem der modern bureaukratische Karakter durchaus noch fehlt (§ 95 II). Nach dem Geiste des kan. Prozesses muß die Ladung allerdings von der Gerichtsgewalt ausgehen. Privatladung wäre ungeeignet oder unmöglich. Allein die Gerichtsgewalt ist in Hinsicht auf die Ladung ihrerseits wieder gebunden durch das nach der abstrakten Regel begründete Anrecht der Parteien [13]).

III. In Deutschland war in der älteren Zeit nur Privatladung der Parteien selbst in Gebrauch [14]). Mit Entstehung der Beamtengerichte [15]) aber wurde die Vorladung auf Geheiß des

---

durften ausnahmsweise die trina edicta sogleich in ein peremtorium zusammengefaßt werden. Vgl. auch § 123 Not. 8; Durant. II, 1 de citat. ut. § 3.

11) Zum Beleg s. Tancred II, 17; Grat. II, 4; Durant. II, 1 de dilat; Lanfranc. de Or. rubr. de dilat. Marant. VI de dilat.

12) Durant. II, 1. de citat. § 1.

13) S. überhaupt Tancred II, 3. Durant. II, 1 de citat. Lanfranc. de Or. rubr. de citat.; Marant. VI memb. 1; Scacc. de jud. I c. 32 sqq.

14) mannitio, admallatio, adrhamitio; s. Maurer § 32. 34. 35; Walter, d. R.G. § 634. Ebenso Zeugenladung s. § 188.

15) S. z. B. über die bannitio, die bei den Westgothen die alleinige

Richters vielfach die Regel; vollends nach Eindringen der fremden Rechte. Doch erlitt das kanonistische Recht weitere Wandlungen; äußerlich, indem durch die ausgeprägtere Schriftlichkeit der Uebergang von Termins- zu Fristbestimmungen geboten war; innerlich durch die dem Wesen der modernen Staatsgerichte entsprechende, immer entschiedener auftretende Vorstellung, daß es die Gerichtsgewalt, die von dem Staate dem Gericht verliehene Zwangsbefugniß ist, welche den Fortgang des Prozesses erwirkt. Ladung durch die Partei selbst wurde fast undenkbar. Das Gericht ladet[16]). Das Gericht setzt die Zeitbestimmungen; daher denn großentheils die gesetzlichen oder abstrakten Fristmaaße des Kan. R. naturgemäß dem richterlichen Ermessen, wenn auch nach der Verhandlungsmaxime ein gewisser Einfluß der Parteien nicht ausgeschlossen erscheint, Platz gemacht haben. Das Gericht handhabt, wenn auch nach der Verhandlungsmaxime unter äußerer Anregung der Parteien, die Zwangsmittel der Aufforderung.

IV. Die Ladung muß daher im gemeinen Prozeß bezeichnet werden als die örtlich und zeitlich begrenzte Aufforderung von Seiten des Gerichts zum Handeln unter Androhung eines gewissen Zwanges[17]). Von dem Orte braucht ausführlicher nicht die Rede zu sein. Die Ladung bezieht sich, wo nichts Besonderes gesagt wird, jedesmal auf den regelmäßigen Gerichtsort. Soll an einem andern Ort irgend eine prozessualische Handlung vorgenommen werden, so muß derselbe ausdrücklich und mit genügender Deutlichkeit bezeichnet werden, wenn die Ladung Effekt haben soll[18]). Wir haben daher im Folgenden zu betrachten die Zeitbestimmungen (§ 117 ffl.) und sodann die mit der Verpflichtung zur Folge bekleidete Ladung selbst (§ 120).

Art der Ladung war Schäffner, Gesch. der R.-Verf. Frankr. I S. 371; III S. 502.

16) Erst die neuesten Mündlichkeitsgesetze streben allmählig zu der Privatladung (mittelst der Gerichtsvollstrecker, Huissiers) zurück. — Ueber die engl. Ladungsweise s. Rüttimann § 151 ffl.; Gneist, Selfgov. I § 22.

17) Martin § 119; Wetzell § 68 Not. 8.

18) S. § 54, I. Wetzell § 66 Not. 9.

2. Die Zeitbestimmung.

§ 117.

a. Fristen.

Martin § 119. 308; Linde § 173; Heffter § 197; Schmid § 90; Bayer § 145 ffl.; Osterloh § 102; Wetzell § 68; Renaud § 85.

Fristen, Zeiträume für die innerhalb des Prozesses vorzunehmenden Handlungen [1]), sind vor Allem dem rein schriftlichen Verfahren eigen, kommen aber möglicherweise auch im mündlichen vor, soweit trotz der Bestimmung eines Schlußtermins schon vorher die Einreichung eines schriftlichen Rezesses gestattet ist, oder für die Vornahme einzelner Handlungen [2]).

I. Nach dem Grunde unterscheidet man:

A. dilationes legales, Noth- oder Ordnungsfristen, Fatalien [3]), welche das Gesetz ein für allemal fixirt. Hauptbeispiele echter Fatalien sind die Appellationsfristen (§ 236, 2; § 237, 9) und allenfalls die fünfzehntägige Frist für den Beweis der exceptio spolii [4]). Da jedoch oft noch manche andere Fristen, wenn auch nicht eigentlich gesetzlich, doch reglementsmäßig durch positives Recht oder durch Gewohnheit fixirt erscheinen, so unterscheidet man wohl weiter [5]):

1. dilationes absolute legales, gesetzlich bestimmte Fristen, mit deren Ablauf die Prozeßhandlung eo ipso ausgeschlossen wird; echte Fatalien, und

---

1) Für den Prozeß im Ganzen gibt es keine Fristen mehr; s. darüber Bethmann-Hollweg I S. 232; II S. 177; III S. 195; Albrecht, Eventualprinz. S. 11; Wetzell S. 907 u. § 49 Not. 72. 84; Renaud § 82. — Vgl. § 137, 1.

2) In ausgedehnterem Maße sind die Fristen erst dem neueren Prozeß eigen, der schriftlich (§ 96) in getrennten Prozeßhandlungen (§ 98) sich bewegt. Die ältere Lehre verstand unter dilationes innere Fristen mit einem Schlußtermine oder Termine mit einem ad deliberandum et praeparandum bestimmten Zwischenraum. (Vgl. § 96 II u. III.)

3) Ursprünglich hieß im R.R. dies fatalis nur der Tag der Appellationseinführung. L. 32 pr. Cod. de app. 7, 62; Wetzell Not. 88; Osterloh Not. 7.

4) c. 1 pr. VI de rest. spol. 2, 5. Wetzell Not. 83 ffl; wenn sie den § 171, 7 bezeichneten Effekt haben soll.

5) Renaud Not. 1. 2.

2. dilationes secundum quid legales, relativ gesetzliche oder gemischte Nothfristen. Allein der ganze Unterschied und dadurch die Nomenklatur erweist sich als höchst unsicher. Jede peremtorische Frist des Richters schließt nicht minder die betreffende Handlung mit ihrem Ablaufe aus. Andere halten daher die Unerstreckbarkeit für das Kriterium; allein oft nennt man Fatalien auch solche Fristen, die für erstreckbar gelten[6]). Oder man versteht unter echten Fatalien die Fristen, deren Lauf von selbst beginnt[7]); allein trotzdem wird oft die richterliche explicatio fatalium als Vorbedingung des Laufes betrachtet.

Der ganze Unterschied ist prekär, weil in dem heutigen Prozeß[8]) die vom Gesetz fixirte, aber durch den Richter publizirte und die vom Richter nach gesetzlicher Ordnung bestimmte Frist nothwendig sich sehr ähnlich sehen müssen[9]).

B. dilationes judiciales, richterliche Fristen, deren Bedeutung mit der Steigerung der Richtergewalt gewachsen ist[10]). An sich wird freies richterliches Ermessen der Dauer vorausgesetzt. Denn wo das Gesetz die Dauer bestimmt, wäre gesetzliche Frist. Indessen da die Neigung gegen willkührliche Freiheit des Richters vorherrscht, unterscheidet man:

1. Ordnungsfristen, welche durch Gesetz oder Regulativ[11]) so weit festgestellt sind, daß der Richter in gewisser Weise, wenigstens zwischen einem Maximum und Minimum, gebunden erscheint[12]).

2. Ermessensfristen, die der Richter lediglich kraft seiner diskretionären Gewalt ausmißt. Allein aus Furcht vor Willkühr erwartet man auch hier wieder oft reglementäre Normen und jeden-

6) S. § 237, I A. 4. Vgl. Lüb. P.O. § 45. 47.

7) L. 13 § 2 Cod. de jud. 3, 1; Nov. 23 c. 1.

8) Im R.R. war allerdings ein guter Gegensatz zwischen dies fat. oder dilatio fatalis als der dem Gesetz bestimmten Frist, gegen die sonst wesentlich von dem Parteienwillen abhängige Zeitbestimmung.

9) Der Preuß. E. hat gesetzliche erstreckbare u. unerstreckbare, unterbrechbare u. ununterbrechbare Fristen, § 217. 221 ffl. — Vgl. D. E. § 189.

10) Osterloh Not. 5; Renaud Not. 5.

11) Wetzell Not. 75 meint durch Partikularrecht.

12) Bayer § 146 II 6. Das wäre also im Ganzen konkrete richterliche Fixirung innerhalb abstrakter Ganzen. So viele neuere P.O., z. B. Han. P.O. § 149; Bad. P.O. § 190.

falls wird das Recht der Parteien, sich über zu enge oder zu weite Fristen zu beschweren, fortwährend anerkannt[13]).

C. Dilationes conventionales, vertragsmäßige oder kompromissarische Fristen, welche aus der Uebereinkunft der Parteien hervorgehen[14]). Einst die Regel[15]), sind sie jetzt nur noch die Ausnahme der richterlichen Fristensetzung gegenüber. Ja, in der Regel tritt die Uebereinkunft nur noch als Abänderung oder Erstreckung auf; und wenn letztere erst der Genehmigung des Richters bedarf, wie denn sogar allgemeinhin behauptet wird, daß jede gewillkührte Fristbestimmung erst durch die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Gerichts wirksam wird, so existirt eigentlich gar keine konventionelle Zeitbestimmung mehr[16]).

II. Nach den Folgen unterscheidet man dilationes dilatoriae, peremtoriae und poenales, jenachdem gar kein oder doch kein prozessualischer Nachtheil, ein prozessualischer Nachtheil, oder eine direkte Strafe für den Fall des Nichthandelns angedroht ist[17]). Peremtorisch ist gleichbedeutend mit präklusiv, insofern der Rechtsnachtheil der Ausschließung droht. Präklusiv sind die Fatalien jedenfalls[18]); die Richterfristen, wenn sie die Androhung dieses Nachtheils enthalten[19]), welche jedoch mitunter stillschweigend oder durch blose Bezugnahme auf das Gesetz gegeben sein kann[20]).

Die neueren Prozeßordnungen kennen regelmäßig nur sofort peremtorische Fristen (§ 123, 8), während früher zwar alle Ladungen nach der Litiskontestation alsbald peremtorisch waren, die Ladung zur Klagbeantwortung aber in der Regel zweimal dilatorisch und erst zum dritten Male peremtorisch erfolgte (§ 116, 10). Die

---

13) S. § 250. Wetzell § 68 Not. 22. 23; Renaud Not. 8. 9.

14) Martin, Vorl. I S. 573; Renaud Not. 3.

15) im R.R.; s. z. B. L. 5 Cod. de temp. et reparat. 7, 63.

16) Brackenhöft, Erört. S. 507. — Ueberhaupt bestätigt die Lehre von den Fristen die Ausdehnung der Richtergewalt. Die streng gesetzlichen, wie die gewillkührten Fristen haben an Terrain zu Gunsten der richterlichen Handhabung der Zeitbestimmung viel verloren.

17) S. § 120, II. Renaud Not. 10.

18) Schmid I S. 294; Renaud Not. 12; und zwar ipso jure s. § 124, 19.

19) Renaud Not. 18.

20) Martin, Vorl. I S 570. Han. P.O. § 155.

konventionellen sind von selbst nie präklusiv; denn nur der Richter vermag durch seine Sanktion einen prozessualischen Rechtsnachtheil anzuknüpfen [21]).

III. In Hinsicht auf die Dauer sind die Fristen entweder erstreckbar, oder nicht erstreckbar. Die Fatalien sind unerstreckbar [22]); indessen da doch das fatale introducendae appellationis prorogirt werden kann (§ 237, 12), beschränkt sich die Unerstreckbarkeit auf das fatale interpositionis und der Spolienklage [23]). Alle richterliche Fristen sind, wenn dies nicht besonders verboten ist, erstreckbar; ebenso natürlich die konventionellen.

IV. Ueber die Berechnung der Fristen ist zu bemerken:

A. Die Fatalien laufen eigentlich a momento ad momentum [24]); allein in der Praxis wird meist nur a die in diem, wie bei den übrigen Fristen, gerechnet [25]); namentlich da, wo die anfechtbare Sentenz nicht publizirt, sondern insinuirt, oder bei der Publikation im Protokoll zwar der Tag, aber nicht der Moment der Publikation konstatirt worden ist [26]).

B. Für alle anderen Fristen steht fest:

1. daß sie mit dem nächsten Tage nach der Insinuation oder Publikation [27]), deren Tag also nicht mitgerechnet [28]), zu laufen beginnen.

---

21) Martin a. a. O. S. 573 ganz irrig. Die Parteien können nur Konventionalstrafen festsetzen; vgl. Renaud Not. 14.

22) Nach röm. R. noch nicht; s. Wetzell § 56, 18; aber nach dem heutigen Begriff des fatale; s. § 236, I; über die eintretenden Erben s. § 93, IV.

23) K. G. O. 1555 II 29 § 2; Konz. 1613 II 32 § 1; s. über die zu verneinende Frage, ob konventionelle Erstreckbarkeit, Wetzell § 55, 17; Renaud Not. 42.

24) Also computatio naturalis a recitatione; Nov. 23 c. 1; c. 8 VI de appell. 2, 15; R.A. von 1548 § 53. Daher denn Notiz der Stunde; Martin I S. 568. — S. daz. Savigny, Syst. IV S. 415.

25) Wetzell Not. 86; Hann. P.O. § 401; Bad. P.O. § 192. 1119; D. E. § 183, 571. Renaud Not. 25.

26) Renaud Not. 23. 24.

27) c. 1 VI de rest. spol. 2, 5. c. 1 VI de exc. 2, 12. — Von der Zustellung, Verkündigung, Preuß. E. § 108. 109, oder Vereinbarung an § 211. — Vgl. übrigens § 210, 2. Dasselbe muß bei allen Fristen gelten, die in einem rechtskraftfähigen Bescheid gesetzt werden.

28) Martin I S. 571 Not. 19; Renaud Not. 29; Preuß. E.

2. Der letzte Tag gilt voll bis Mitternacht[29]); indessen ist partikularrechtlich oder nach der Praxis, wenigstens für andere, als schriftliche Handlungen, dies oft auf eine andere Stunde oder den Schluß der Gerichtszeit beschränkt.

3) Alle inmitten liegenden Tage, auch Fest- und Feiertage, werden mitgerechnet (tempus continuum)[30]).

Wenn jedoch der letzte Tag ein Feiertag ist, so verschiebt sich der Schluß nach manchen Prozeßrechten auf den nächstfolgenden Gerichtstag[31]). Inmittelst kann an jedem Tage der Frist die Schrift eingereicht oder die Erklärung zu Protokoll abgegeben werden[32]).

4. Die Ansicht, daß die in einem der Rechtskraft fähigen Bescheid gesetzte Frist erst mit Ablauf des decendii oder sonstiger Beschreitung der Rechtskraft beginne, hat keinen Grund. Die neuere Praxis und Gesetzgebung[33]) machen keinen Unterschied für die Berechnung, wie sie bei andern Dekreten eintritt (Not. 27).

5. Monate zählen zu 30 Tage[35]).

6. Der Lauf einer Fristerstreckung schließt sich unmittelbar an die ursprüngliche Frist an[36]).

---

§ 212; Han. P.O. § 148 (von der Bekanntmachung an); Bad. P.O. § 192; D. E. § 181 (mit Behändigung der Verkündigung) u. 183 (bei Fristbestimmung nach Tagen ohne Berechnung des Anfangstags); Bair. Art. 184 (aber mit Zusätzen je nach der Entfernung s. § 185).

29) Savigny, a. a. O. S. 415.

30) L. 3 Cod. de dilat. 3, 11; über die Unterbrechung den Erben gegenüber s. § 93, IV; abweichend in Betreff der Gerichtsferien Han. P.O. § 150; Bad. § 206. D. E. § 184 ffl.; Preuß. E. § 221. 222.

31) S. Wetzell § 66 Not. 65; s. oben § 54.

32) Wetzell § 68 Not 79.

33) Han. P.O. § 146; Bad. P.O. § 192; Old. P.O. Art. 94 § 1; Mein. Ges. Art. 44.

34) Ueber die abweichenden Meinungen s. Renaud Not. 30.

35) L. 101 de R.J. 50, 17; R.K.G.O. von 1555 II, 30 § 4. — Nach Han. P.O. § 146 der gleichlautende Monatstag; desgl. D. E. § 184.

36) Schmid § 90 Not. 60. 61. — Ueber die Berechnung der neuen Frist für Erben, welche in den Prozeß treten, s. § 93, IV.

§ 118.

b. Termine.

Martin § 90; Linde § 173; Heffter § 198; Schmid § 90; Bayer § 146, I B; Osterloh § 105; Wetzell § 68; Renaud § 86.

Termin ist der Zeitpunkt, an welchem eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll. Die Zeitbestimmung durch Termine, im mündlichen Prozeß für mündliche Verhandlungen nothwendig, kann auch im schriftlichen Prozeß vorkommen. Früher waren vielfach, dem Uebergang von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit entsprechend, sog. beraumte Tage, d. h. Fristbestimmungen mit einem Schlußtag üblich [1]), die indessen kaum noch vorkommen. Die modernen Rechte und die Praxis kennen neben den Fristen nur noch reine Termine.

I. Es gibt ebenso wenig gesetzliche, wie konventionelle, sondern nur richterlich bestimmte Termine [2]), da die Konvention immer erst richterliche Genehmigung erheischt. Wie viel Zeit bis zu dem Termine zu lassen, ergibt sich unter Berücksichtigung des Zwecks und der natürlichen Möglichkeit nach dem Gesetz, der Instruktion oder nach Ermessen.

II. Die Termine sind dilatorisch oder peremtorisch, wie die Fristen (§ 117, III), erstreck- oder vielmehr verlegbar, soweit nicht das Gesetz solches ausdrücklich verbietet (§ 119, II).

III. Hinsichtlich der Berechnung fragt sich, sofern der Termin ein bestimmt bezeichneter Tag ist [3]), nur, was unter dem Tag oder der Gerichtsstunde [4]) zu verstehen sei. Nach Kan. R. der Tag bis zu Eintritt der Nacht [5]), aber jetzt in der Regel die ordentliche Gerichtszeit [6]), für Eidesleistungen jedoch nur bis 12 Uhr Mittags (§ 222, 9). Uebrigens wird jetzt meistens eine bestimmte Kontumazirstunde durch das Gesetz oder durch die richter-

---

1) Wetzell Not. 69. 70.

2) Renaud Not. 1.

3) Ueber die Ausschließung der Feier- und Ferientage s. § 54, II; Bad. P.O. § 205; D. E. § 179.

4) Ueber das R. R. s. Bethmann-Hollweg III. S. 193.

5) c. 24 X. de off. et pot. jud. deleg. 1, 29; Renaud § 83, 20.

6) Martin, Vorl. I S. 566.

liche Verfügung bezeichnet, mit deren Ablauf die Handlung versäumt erscheint[7]).

IV. Bei Verlegung wird ein anderer fester Tag bestimmt. Relative Fristen sind auch hier nicht mehr gebräuchlich.

§ 119.

c. Wiederholte Zeitbestimmung und Prorogation.

Martin § 308; Linde § 174; Heffter § 198; Schmid § 90; Bayer § 148; Osterloh § 104; Wetzell § 68; Renaud § 85, 34; 86, 3.

Man muß sehr wohl trennen:

I. Wiederholte Fristen oder Termine, welche selbstständige neue Zeitbestimmungen sind.

Nach R. R. kann, wenn die Parteien oder der Richter gehindert sind, die Verhandlung vorzunehmen oder zu Ende zu führen, nach Bedürfniß ein neuer Termin anberaumt werden[1]). Ob der Grund amtskundig, oder als Exkusation von der Partei vorgeschützt wird, ist einerlei. Bei gerechter Verhinderung muß der Richter geradezu einen andern Termin gewähren[2]). Im Kan. R. ist der Gesichtspunkt ein anderer, da im Wesentlichen nur noch die Vornahme einseitiger Handlungen der Parteien in Frage und die kanonistische Stimmung überhaupt der Entschuldigung geneigt erscheint. Nicht peremtorische Zeitbestimmungen wurden daher regelmäßig zweimal, oft aber noch mehrmals (§ 123, 8), von selbst ohne weitere Begründung erneuert; peremtorische dagegen aus besondern, vor Ablauf[3]) der dilatio anzubringenden Gründen[4]). Im Ganzen ebenso verhielt es sich nach den Reichsgesetzen, obwohl allmählich der Trieb der Abkürzung sich von wiederholter Gewährung der Fristen oder Termine abneigte. Dilatorische

7) Bad. P.O. § 191; Preuß. E. § 207. 208.

1) Wetzell Not. 26 ffl. S. auch Bethmann-Hollweg II § 108, 26; III § 147, 37.

2) Wetzell Not. 29.

3) Denn sonst könnte es sich nur noch um die purgatio contumaciae handeln, s. § 124, 24.

4) c. 1 X. ut tit. non cont. 2, 6; c. 2 X. de procur. 1, 38. — Wetzell Not. 32 ffl.; vgl. auch § 49, 66. — Cf. Durant. II, 1 de dilat. § 4 nr. 19 sqq.

Fristen sollten auf einfachen Antrag von Neuem ertheilt werden, peremtorische nur auf besondere Begründung[5]). Allein das Vorkommniß einer solchen Wiederholung, vielfach schon damals mit der Erstreckung zusammengeworfen, wurde immer seltener, je mehr die blos dilatorischen Zeitbestimmungen in Abgang kamen. Bei peremtorischen faßt man, wenn der Antrag oder die Ertheilung der neuen Frist vor Ablauf der alten Frist oder des Termins erfolgt, das lediglich als Erweiterung der alten auf[6]). Wenn dagegen der Ablauf bereits eingetreten, so handelt es sich um Beseitigung der an sich verwirkten Kontumazialfolgen, bzw. um Restitution[7]), mit folgeweiser Bestimmung einer neuen Frist oder eines andern Termins[8]).

Von wiederholten Fristen, die nicht unmittelbar an die erste anschließen, läßt sich sonst nur noch reden, wo der Richter durch Kondonation der contumacia oder Einräumen des Restitutionsantrags genöthigt wird, eine neue Zeit zu setzen (s. Not. 26), und in dem einen Fall, dessen von der Theorie versuchte weitere Ausdehnung aber die Praxis nie gebilligt hat[9]), daß den reassumirenden Erben ein neues fatale, sogar ex lege, gewährt wird (§ 93, 28). Dasselbe gilt von der wiederholten Anberaumung eines neuen Termins, die insoweit nicht möglich ist, als durch Ablauf der präklusiven Terminszeit bereits Parteienrechte begründet sind, die nur im Wege der Restitution beseitigt werden können.

II. Erstreckung, Prorogation, welche bei allen Fristen, ausgenommen das fatale interponendae appellationis[9a]), möglich,

---

5) Wetzell Not. 38 ffl. — Dilatio secunda und tertia sollte nur causa cognita, R.K.G.O. von 1527 § 17; 1555 II, 11 § 5; III, 16 § 6, und höchstens eine quarta gegeben werden; R.D.A. von 1600 § 132.

6) Davon unter II; im Interesse der Abkürzung.

7) Wetzell Not. 48.

8) Es ist klar: Wiederholung und Erstreckung stehen in Wechselwirkung. Soweit wiederholte dilatio möglich war, bedurfte es keiner Verlängerung. Wetzell nach Not. 32. Ebenso klar ist es, daß in dem Uebergang von der verschleppenden Wiederholung zu bloser Verlängerung ein bedeutender Fortschritt begriffen ist, der mit dem Streben nach Abkürzung durch straffere Präklusivität (§ 112) nothwendig gegeben war.

9) Schmid Not. 64.

9a) Nicht durch Uebereinkunft, s. Gaill. I obs. 139 nr. 6; Wetzell

oder Verlegung, welche bei allen Terminen möglich (§ 118, I), ist nur die vor Ablauf der ursprünglichen Zeitbestimmung bei dem Richter erwirkte Erweiterung derselben [10]). Die Erweiterung bezweckt Verlängerung der Frist oder Verlegung des Termins.

A. Gründe der Erstreckung sind [11]):

1. Uebereinkunft der Parteien, Kompromiß, welche stets statthaft, soweit nicht das Gesetz solche verbietet. Keine Macht hat der Parteiwille über das fatale interponendae appellationis [12]). Dasselbe gilt von anderen gesetzlichen Nothfristen [13]). Alle übrigen, gesetzliche (nur nicht absolute Noth-) Fristen, richterliche und konventionelle Fristen, so wie alle Termine können Gegenstand der Uebereinkunft werden. Die reichsgesetzliche Regel, daß prorogirte Fristen nicht durch Konsens der Prokuratoren weiter prorogirt werden sollen [14]), wird nicht mehr beobachtet. Wohl aber wird häufig dem Richter die Befugniß beigelegt, überhaupt zur Vermeidung von Verschleppungen den kompromissarischen Prorogationen ein Ziel zu setzen [15]), wonach denn also die Freiheit des Privatwillens auch nach dieser Seite keine unbeschränkte mehr ist.

Im Uebrigen erscheint die Uebereinkunft für sich ohne weitere Begründung als genugsame Ursache der Erstreckung [16]). Allein der Effekt tritt nicht von selbst ein, sondern erst durch die richterliche Billigung und ausdrückliche oder stillschweigende Anbezielung

---

§ 55, 17; Renaud § 85, 38 und nicht durch richterl. Verfügung; denn es ist eine gesetzliche Frist. K.G.O. 1555, II 29 § 2.

10) Das R. u. K. R. sind bei dem veränderten Karakter des Prozesses nur mit Vorsicht zu benutzen. Erst seit der Richter so die Fristen handhabt, wie jetzt geschieht (s. § 117 I a. E.), ist Veranlassung zu der Prorogation in dieser Gestalt. In den neuesten Gesetzen freilich wieder Annäherung an das R. R.

11) Lüb. P.O. § 48; Hanov. P.O. § 153.

12) Das ist jetzt insbes. nach der, früher kontroversen (Renaud § 85, 38), jetzt aber allgemein anerkannten Meinung gewiß.

13) Zeugnisse der neueren Gesetzgebung s. bei Renaud das. Not. 39. Oft wieder der reine Cirkel zwischen den Begriffen der Noth- und der unerstreckbaren Frist.

14) R.A. von 1594 § 52; Konz. der R.K.G.O. v. 1613 III, 10 § 13.

15) Schmid Not. 76.

16) Vgl. dazu Bad. P.O. § 204; D. E. § 188; Bair. E. Art 191.

einer weiteren Frist, bzw. eines späteren Termins[16a]). Indessen können die Parteien allerdings über die Richterkognition faktisch hinauskommen, wenn sie die Frist oder den Termin circumduziren, die contumacia nicht entschuldigen und dann anderweit anrufen[17]).

2. Hinderniß auf Seiten der Partei oder der Parteien, welches die Einhaltung der Zeit ohne deren Verschulden oder Chikane unmöglich macht, impedimenta legitima oder Ehehaften[18]). Dahin gehört auch je nach Gestalt der Sachen Verhinderung des Stellvertreters, zumal wenn es ein nothwendiger ist[19]). Die Zulänglichkeit ist Frage der konkreten Prüfung. Früher war die Praxis für die erste Prorogation sehr lax und nur für die prorogatio prorogationis strenger[20]). Jetzt ist für jede Prorogation gehörige Begründung nöthig, im Uebrigen aber auch der Richter, selbst in Betreff mehrmaliger Prorogationen, nicht beschränkt[21]).

3. Hinderniß des Gerichts, welches hauptsächlich bei terminlichen Verhandlungen, dagegen bei Fristen zur Einreichung von Schriften und deren Entgegennahme kaum in Betracht kommt[22]).

B. Was das Verfahren betrifft, so erfolgt die Prorogation

16a) Mit a. W.: Die Uebereinkunft ist doch nur Anzeige oder Antrag, der Schwerpunkt liegt in der Richtergenehmigung; vgl. § 116, III.

17) Man bemerkt leicht, wie sehr gemeinrechtlich zwischen Richter- und Parteienbefugniß geschwankt wird. —

18) J.R.A. § 38. Wetzell Not. 29 ffl.; Beispiele s. Bayer § 151; Schmid Not. 55.

19) Renaud § 85, 48; indessen suchen manche Ges. (im Mißtrauen gegen die Anwälte) diese Prorogation wegen Verhinderung des Anwalts zu beschränken.

20) Nach dem R. D. A. von 1600 § 84 nur aus Bescheinigung genugsamer Ursachen; nach dem J.R.A. § 103 in der Regel gar nicht.

21) Renaud Not. 49. Der Streit, wieviel mal der Richter soll prorogiren dürfen, beruht auf Verwechselung der Prorogation und Wiederholung. Daß, je öfter Prorogation gesucht wird, desto strenger die Prüfung, ob culpa oder Chikane, begreift sich von selbst. — Einige neuere Gesetze verbieten aber mehr als dreimalige Erstreckung; Cob. Ges. Art. 19; Mein. Ges. Art. 47.

22) Nicht zu verwechseln mit Fristwiederholung ex officio. Schmid Not 56.

nie von selbst in dem Sinne, wie früher kraft gesetzlicher Bestimmung die Wiederholung mancher Fristen, sondern entweder

1. auf Antrag einer einzelnen, oder, wie namentlich bei kompromissarischer Uebereinkunft, beider Parteien.

a. Der Antrag muß die Darlegung und zugleich, sofern er nicht gerichtskundig, die Bescheinigung des Prorogationsgrundes enthalten[23]). Dazu können beliebige Bescheinigungsmittel, auch der Kalumnieneid, benutzt werden[24]). Die Uebereinkunft mit dem Gegner wird schon durch dessen Mitunterschrift dargethan[25]).

Das Gesuch muß zeitig, d. h. ehe der Rechtsnachtheil der Versäumniß verwirkt ist, eingebracht werden; sonst handelt es sich nur um Wiederholung[26]).

b. Was das weitere Verfahren anlangt, so wird, obwohl nicht ausgeschlossen ist, den Gegner zu hören[27]), was ohnedem den Vortheil bietet, daß seine Zustimmung alle weitere Bescheinigung erspart, meistentheils einseitig verfügt[28]). Nach Bedürfniß knüpfen sich daran noch weitere Ausführungen.

c. Die Prorogationsbewilligung, welche nach dem Obigen von der richterlichen Entschließung nach Maßgabe des Gesetzes

---

23) R.D.A. von 1600 § 84; J.R.A. § 103; nicht einmal Nachbringen möglich, was jedoch nicht immer so streng gehalten wird. Wenn „gerichtsgebräuchlich" noch eine erste oder zweite Prorogation ohne alle Darlegung von Gründen gegeben und erst bei der dritten solche verlangt würde (Schmid I S. 296; Osterloh § 104), so wäre das nur wieder eine Vermischung der Erstreckung mit der alten Wiederholung (s. oben I). — Vgl. Bad. P.O. § 194. 196; Lüb. P.O. § 48; Hanov. P.O. § 153; Renaud Not. 49.

24) Wetzell Not. 63. 64 u. 50.

25) Manche neuere Ges. fordern wenigstens Bescheinigung wieder erst bei der dritten Prorogation. Renaud Not. 49.

26) Dabei ist denn Streit, ob das Gesuch vor Ablauf der Frist einzubringen ist, was nach der heutigen Auffassung der contumacia richtiger erscheint, oder ob es noch vor accusatio contumaciae nach Ablauf angebracht werden kann. Schmid Not. 53; Renaud Not. 44. 46. S. zur Erklärung § 124.

27) Wie bei dem R.K.G. stets geschah, s. Wetzell Not. 63.

28) S. daz. Bad. P.O. § 196; wenigstens zur zweiten und ferneren Prorogation; Han. P.O. § 153.

abhängig [29]), kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Letzteres wird zwar bestritten [30]), allein da es lediglich der Richter ist, der über die Zeit verfügt, so muß die faktische Bewilligung, wenn sie nur genügend erkennbar wird, der ausdrücklichen gleichstehen. Freilich bleibt es Risiko der Partei, ob sie sich Mangels ausdrücklicher Gewährung auf stillschweigende Prorogation verlassen kann, da sie an sich wissen muß, daß dieselbe ebenso gut versagt, wie gewährt werden kann und das blose Schweigen des Richters noch keineswegs nothwendig als willfährige Verfügung gelten darf [31]).

d. Die Wirkung besteht im Falle der Gewährung in der Verlängerung der reinen oder Terminsfrist. Diese schließt sich zum Unterschiede von der Wiederholung [32]) unmittelbar an die ursprüngliche Frist an. Im Zweifel gilt die gleiche Frist gewährt. Von Verlängerung eines Termins kann nur insofern die Rede sein, als der Termin über die ordentliche Schlußzeit hinaus (§ 118, III) ausgedehnt wird. Sonst ist die Prorogation des Termins stets Verlegung, d. h. Anberaumung eines neuen Termins [33]).

Die Prorogation wirkt auch für den Gegner [34]), dem jedoch das Recht der Gegenvorstellung oder Beschwerde bleibt, sofern er nicht zuvor gehört worden [35]). Daß der Richter eine Erstreckung nur unter denselben Bedingungen zurückziehen kann, wie jede andere Verfügung, ergibt sich von selbst [36]). Keinenfalls sollen auf den Gegner Kosten fallen; vielmehr hat der Prorogationssucher nicht nur die Kosten der Erstreckung [37]), sondern auch diejenigen

29) Prorogationen, die der Richter absolut (ohne weitere Kognition) geben müßte, gibt es nicht. Die Wiederholung blos dilatorischer Fristen (§ 117, II), die der Richter nicht versagen kann, ist etwas Anderes. Vgl. Renaud Not. 47.

30) Schmid Not. 58; Bayer § 153 Nr. 1; Renaud Not. 51 u. über stillschw. Terminsverlegung § 86, 5.

31) Die Frage, ob eine prorog. tacita vorliegt, kann m. a. W. nur konkret beurtheilt werden.

32) S. dag. Schmid § 61; Bayer § 153; Preuß. E. § 219; Bad. P.O. § 200; D. E. § 192.

33) Renaud § 86 S. 202.

34) Das ist die Probe darauf, daß die ganze prorogatio Richterakt ist; Wetzell Not. 69; Renaud Not. 55.

35) Hanov. P.O. § 153.

36) Renaud Not. 52.

37) Hanov. P.O. § 154; D. E. § 193 Abs. 1.

zu tragen, die der Gegner nun umsonst aufgewendet hat[38]). Nur die Zeitdauer wird geändert, nicht aber die Natur und das Präjudiz der ursprünglichen Zeitbestimmung[39]). Im Zweifel gilt für die erstreckte Frist derselbe Zeitraum, den die ursprüngliche hatte[40]).

Versagung der Prorogation beläßt es bei der ursprünglichen Zeitbestimmung. Mithin tritt die Folge der contumacia ein, wenn die Partei bis zu deren Ablauf nicht handelte, mag auch der Abschlag der Erstreckung erst später verfügt werden[41]).

2. Oder die Prorogation erfolgt von Amtswegen. So namentlich, wenn das Hinderniß der Frist- oder Termineinhaltung in dem Gerichte liegt (s. Not. 22); und folglich vorzugsweise, wenn auch keineswegs ausschließlich, bei Terminen[42]). Allein nach neuerem Brauche kann selbst Hinderniß in der Person der Partei den Richter veranlassen, seinerseits kraft der Amtsgewalt den Termin zu verlegen, oder die Frist zu verlängern. Von diesem Gesichtspunkt aus hat daher der Antrag auf Prorogation oft nur den Sinn einer Anregung des richterlichen Offiziums. Darin liegt nicht nur der Vortheil der einfachsten Erledigung, sondern auch der Ausdruck des Grundgedankens, daß die Ausmessung und Handhabung der Zeit überhaupt, bis auf wenige Ausnahmen, nach dem Zuschnitt des modernen Prozesses der diskretionären, wenn auch auf gesetzliche Anhaltspunkte verwiesenen, Befugniß des Gerichtes anheimgegeben[43]) ist.

---

38) Darin liegt das natürliche Mittel gegen zu ofte und verspätete Prorogation, namentlich bei terminlichen Handlungen; Osterloh § 105; Renaud § 86, 4. Anders bei prorog. ex officio.

39) Wetzell Not. 67; s. dag. Osterloh nach Not. 4.

40) Renaud Not. 54; über den Anschluß s. § 117, 36.

41) Wetzell Not. 62. Das ist nur scheinbar eine Härte.

42) Wetzell S. 866. Renaud § 86, 3.

43) Während in gleichem Maße die Disposition der Parteien über die Zeit abgenommen hat. Sehr begreiflich nach dem Karakter unseres Gerichtswesens.

3. Die Ladung oder Auflage.

§ 120.

a. Begriff und Erfordernisse.

Martin § 106. 108; Linde § 167. 199; Heffter § 205; Schmid § 87; Bayer § 133; Osterloh § 106; Wetzell § 67 Not. 42; § 68 Not. 8.

I. Ihren materiellen Inhalt hat die Zeitbestimmung des Gerichts in der Auflage oder Aufforderung, innerhalb jener Zeit eine gewisse Handlung vorzunehmen. Es gibt Auflagen, z. B. der Verbesserung, Nachbringung u. s. w., ohne besondere Zeitgrenze, weil die Vornahme der betreffenden Handlungen schon im eigenen Interesse der Partei und nicht unmittelbar im Interesse der Gegenpartei liegt. Wo dagegen im Prozeß eine Handlung nicht blos im Interesse dessen, der sie vornehmen soll, nothwendig wird, ergeht dazu eine Aufforderung unter bestimmter Zeitbegrenzung, sowie regelmäßig unter einem gewissen Zwang. Eine solche Aufforderung, wenn sie namentlich dahin geht, vor Gericht zu erscheinen und dort thätig zu werden, heißt Ladung, citatio. Der Begriff beruht also von Haus aus auf der der älteren Form des Prozesses entsprechenden Vorstellung terminlichen Handelns. Indessen wird dieselbe auch auf die Aufforderung zum Handeln im rein schriftlichen Verfahren, d. h. zum blosen Einreichen einer Schrift innerhalb einer Frist erstreckt.

Die Citation in diesem Sinne kann zu dem verschiedensten Zweck und ebensowohl an Dritte, z. B. ad reassumendum, an den Litisdenunziaten, Zeugen, wie an die Parteien selbst ergehen.

II. Die Ladung ist heut' zu Tage Ausfluß der Gerichtsgewalt, Ausdruck des Gerichtszwanges [1]). Der Richter erläßt sie kraft seines Amtes, wenn auch zufolge der Verhandlungsmaxime auf Antrag einer der Parteien und gebunden an die legalen Voraussetzungen. Er ist mit den geeigneten Mitteln (§ 121) versehen, um der Ladung Folge zu sichern. Je nach deren Anwendung ist die Ladung

---

1) Daß dem nicht immer so war, s. § 116, I—III.

A. eine monitorische, admonitio, wenn ihr, was jetzt nur die Ausnahme, Strafandrohung gänzlich fehlt[2]);

B. eine arktatorische, wenn sie mit Strafandrohung versehen ist. Dahin gehört sowohl

1. die, welche eine direkte Strafe (cit. poenalis), als auch

2. die, welche einen prozessualischen Rechtsnachtheil androht; nämlich

a. als dilatorische wenigstens den Nachtheil des Kostenersatzes (cit. dilatoria),

b. als peremtorische einen weiteren Nachtheil, wie die poena praeclusi, agniti, confessi u. dgl. (cit. peremtoria).

III. Die Citation soll enthalten[3]): Bezeichnung der Sache, die geladene Person, Zweck der Ladung, Ort (§ 116, IV) und Zeit der vorzunehmenden Handlung, Androhung der Rechtsnachtheile, Unterschrift des Gerichts[4]). Mangel der wesentlichen Erfordernisse macht dieselbe unverbindlich für den Geladenen.

IV. Die Form ist die der Dekrete überhaupt (§ 139). Häufig verbindet sie sich, was indessen keineswegs nothwendig ist, mit dem Kommunikativdekret (§ 115, II). Nach neueren Rechten wird sie zuweilen nicht von dem Gericht, sondern von dem Vorsitzenden (§ 114, III) beschlossen oder erlassen. Ladungen dieser Art kommen durch den ganzen Prozeß hin vor[5]). Ebenso gelten für die Bekanntmachung die Ladung die für die Bekanntmachung der Dekrete überhaupt anzuführenden Regeln (§ 143, II). Was dagegen im Folgenden besonders darzustellen, ist der sog. prozessualische Zwang[6]), die Art und Weise, wie die Ladung oder Auflage gegen die geladene Partei, wenn sie die Erfüllung verweigert oder unterläßt, durchgesetzt wird.

---

2) Wetzell § 45 Not. 12.

3) Ueber das ältere Recht s. außer den § 116, 13 bemerkten Citaten Gaill. I obs. 48; Brunnem. tract. jur. c. 3; Carpzov. pr. j. VII, 1. 2. sqq.; Glück, Komm. III § 228.

4) Wetzell § 68 Not. 9 ffl.

5) Wetzell § 68 betrachtet, wie die älteren Juristen (citatio est initium judicii), eigentlich nur die erste Citation auf die Klage, die früher allerdings etwas Eigenthümliches und Ausgezeichnetes hatte, jetzt aber gar nicht mehr.

6) Renaud § 164.

b. Die Zwangsmittel.

§ 121.

aa. Zweck und Arten.

Um den Ladungen und Auflagen, welche im Prozesse vorkommen, wirkliche Bedeutung zu geben, müssen sie mit einem gewissen Zwang ausgerüstet sein. Nicht nur muß der Verklagte genöthigt werden können, auf den von dem Kläger angeregten Prozeß überhaupt einzugehen [1]), sondern es wird, zumal in dem mittelst getrennter Handlungen (§ 98) fortschreitenden schriftlichen Prozeß, nothwendig, auch alle einzelnen Handlungen, welche das Verfahren erheischt, unter einen solchen Zwang zu stellen. Irgend einen derartigen Zwang übt jede Prozeßordnung und gerade darin, daß ein von dem Privatwillen der Betheiligten unabhängiger Zwang existirt, unterscheidet sich die öffentliche Prozedur der Gerichte auf Grund der für sie ertheilten, die Nöthigung in sich tragenden Prozeßordnung von dem Verfahren vor dem Schiedsrichter, dem letztere nur indirekt durch die Uebereinkunft des Kompromisses geschaffen werden kann (§ 1, V).

Die Beschaffenheit des Zwanges und seine Anwendung aber ist höchst verschieden je nach den Grundprinzipien des Prozesses. Aus der geschichtlichen Betrachtung des älteren römischen und älteren deutschen Rechtes ergibt sich, daß vordem, wie die Ladung ein reiner Privatakt war (§ 116), so auch der damit verbundene Zwang einzig und allein den Karakter einer durch die Ladung hervorgerufenen privatrechtlichen Verbindlichkeit hatte (§ 116, 3). Ebenso gewiß wurde schon im späteren römischen und vollends im kanonistischen Prozeß eine andere Methode des Zwanges erforderlich, seit man die Ladung wesentlich als Ausfluß der Richtergewalt betrachtete. Nach dieser Seite hin ist es durchaus konsequent, wenn der wesentlich oder ausschließlich auf das Prinzip der Gerichtsautorität gebaute Prozeß geradezu direkte Zwangsmaßregeln als den Ausdruck der Stellung des Gerichts zu den Parteien zu ergreifen sucht. In dieser Hinsicht zeigt sich zwischen der Voll-

---

1) L. 83 de V. O. 45, 1.

streckung der Citation und der Exekution der Sentenzen (§ 251) volle Analogie.

Das kan. Prozeßrecht neigte sich in der That unmittelbaren Strafandrohungen und selbst Realcitationen zu. Indessen, je mehr sich die Verhandlungsmaxime ausbildete, erwies sich doch solcher Zwang dem ganzen Geiste des Verfahrens widersprechend. Obwohl die Ladung auch im neueren Prozeß als ein kraft der Gerichtsgewalt erlassener Befehl respektirt werden muß, so läßt man es doch zum größten Theil, anstatt direkte Strafen anzudrohen, bei indirekten Zwangsmitteln bewenden. Diese stellen zwar innerlich, wenn nicht Strafen, doch durch die öffentliche Prozeßordnung der richterlichen Gewalt in die Hand gegebene Mittel dar und werden als solche desto schärfer aufgefaßt, je mehr sich das bureaukratische Wesen der Staatsgerichte befestigte, lassen sich aber der äußeren Form nach sich immerhin mit der formellen Verhandlungsmaxime vereinbaren [2]).

Es erhellt darum leicht, daß mit Reformen des Prozesses, welche die eben berührte Grundauffassung berühren, auch das System der Zwangsmittel bedeutenden Wandlungen unterliegen kann und unterliegen wird.

Neben den indirekten Zwangsmitteln, welche in verschiedenen Rechtsnachtheilen bestehen, sind die immerhin, wenn auch nur noch ausnahmsweise, vorkommenden direkten Strafen kurz darzustellen; letztere jedoch an dieser Stelle nur insoweit, als sie demselben Zweck, wie jene, dienen, nämlich angedroht werden, um die Parteien zu den prozessualischen Handlungen zu zwingen, deren Vornahme der solchergestalt für die Fortbewegung des Prozesses sorgende Richter auflegt.

bb. **Rechtsnachtheile.**

§ 122.

α. Geschichtliche Entwicklung.

I. Im R. R. ist für den Zwang der rein privatrechtliche Karakter der Ladung maßgebend.

2) Die Bestätigung dieser kurzen Andeutung der leitenden Idee wird der folgende Paragraph liefern.

A. In der älteren Zeit und der Epoche des ordo judiciorum [1]) wurde

1. für das Verfahren ante litiscontestationem das Erscheinen vor dem Magistrat nicht durch Richterbefehl, sondern nur durch die in jus vocatio mit anschließendem vadimonium (§ 116, 3) gesichert. Wenn die Ladung gar nicht vorgenommen werden konnte, weil der Verklagte sich absichtlich verbarg (latitare) oder nicht zu treffen war, gab der Prätor missio in bona und Verkaufsrecht, also Generalvermögensexekution [2]). Dasselbe Mittel mußte aushelfen, wenn bei handlungsunfähigen Personen nicht für die Bestellung eines defensor gesorgt wurde, obwohl in diesem Fall bei dinglichen und einzelnen persönlichen Klagen die Einweisung in den Besitz der einzelnen Sache genügend erschien [3]). Hatte dagegen ein vadimonium stattgefunden, so folgte aus dem Nichterscheinen zuvörderst dessen Verwirkung. Der Verklagte und dessen Bürgen waren bei dem Nichterscheinen des ersteren dem Kläger haftbar [4]). Zugleich kann der Kläger den Verklagten als indefensus behandeln [5]), oder eine neue in jus vocatio vornehmen [6]). Blieb der Kläger aus, so büßte er sein Recht aus dem vadimonium ein [7]) und die Erlangung eines neuen vadimonium war

---

1) S. darüber bes. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. I S. 111 ffl.; II § 83. 106; Rudorff, R.G. § 94 ffl.; Hartmann, das röm. Kontumazialverf. 1851 (s. dazu Hoffmann im Archiv für prakt. R.W. X S. 379).

2) S. über das Einzelne, die Sicherung gegen Mißbrauch u. dgl. bes. Bethmann-Hollweg II S. 559 ffl.; auch Wetzell § 49 Not. 28 ffl. Manches bleibt immer noch unaufgeklärt.

3) Bethmann-Hollweg II S. 565 ffl.; Wetzell Not. 34; Keller, R.-C.-Pr. § 65.

4) Rudorff § 64 Not. 18. — S. auch über vadimonium desertum Karlowa, Beiträge S. 101.

5) Bethmann-Hollweg II S. 563; also missio in poss., wie oben Not. 2 erwähnt; denn das vadimonium erreichte nicht immer (Rudorff § 64 Not. 7. 8) die Höhe des Anspruchs. Das defendere erscheint übrigens viel mehr als Befugniß, denn als Pflicht des Verklagten.

6) Bethmann-Hollweg I S. 112.

7) Rudorff § 64 Not. 27.

ihm einigermaßen erschwert[8]), allein das Klagerecht ging ihm nicht verloren[9]).

Endlich, wenn der Verklagte zwar vor Gericht erschien, dort aber Red' und Antwort verweigerte, so wurde gegen ihn unmittelbar Personal- und Generalvermögensexekution (missio in bona und bonorum venditio) gewährt[10]).

2. Für das Verfahren in judicio folgte die Obligation, zu erscheinen und zu handeln, aus der Litiskontestation. Ursprünglich hatte die coram judice erschienene Partei gegen die ausbleibende einen Anspruch auf secundum praesentem judicare[11]). Indessen bildete sich später, entsprechend dem System realer Wahrheitsfindung, der Gebrauch, daß der Richter nicht unbedingt und rein formell zu Gunsten des Anwesenden zu erkennen, sondern so gut, als möglich, einseitig (in eremodicio) den wahren Sachverhalt zu ermitteln habe[12]). Der Nichterschienene verzichtete also nur auf seine Mitwirkung (defensio) in der Verhandlung.

B. In der späteren Zeit[13]) trat an die Stelle der Ladung durch in jus vocatio immer mehr die litisdenuntiatio (§ 116, 1), die richterliche Ladung (§ 116, 5). Damit veränderte sich, soviel

1. das Verfahren vor der litiscontestatio anlangt, einmal die Form der Citation und damit die Voraussetzung des Ungehorsams. Die Vorladung geschah mündlich, durch mehrfach wiederholte schriftliche Ladungen, oder, wenn der Verklagte nicht zu treffen war, durch dreimalige Ediktalladung[14]). Sodann aber

---

8) Rudorff § 97 z. A.; Keller § 49 Not. 570.

9) Bethmann-Hollweg II S. 572.

10) Rudorff S. 310; Bethmann-Hollweg II S. 557.

11) Keller § 69; Rudorff § 96; Bethmann-Hollweg I S. 187, II S. 603.

12) So, wenn der Verklagte ausbleibt; wenn der Kläger, so muß ersterer absolvirt werden. Bethmann-Hollweg II S. 604. Ueber die Bedeutung des eremodicium s. Endemann, Beweislehre S. 174.

13) Vgl. bes. Bethmann-Hollweg, Hdb. § 27.

14) Rudorff S. 312; Wetzell § 49 Not. 23 ffl.; Bethmann-Hollweg III S. 301. Seitdem kommt es also auf den Unterschied, aus welchem der Verklagte contumax wird (latitans s. indefensus), nicht weiter an. L. 53 de re jud. 42, 1.

auch die Folge. Der geladene Verklagte muß nach wie vor die gesetzliche Kaution stellen, widrigenfalls in der Regel Realcitation erfolgt[15]. Gegen den solchergestalt gehörig geladenen Verklagten reicht der aus seiner Kautionsleistung hervorgehende, theils privatrechtliche (auf das Aequivalent der Klage gerichtete) Zwang, theils darauf hin (bei cautio juratoria) vom Richter ausgesprochene direkte Strafe oder Realcitation hin. Der mit der Ladung persönlich nicht zu treffende Verklagte, von dem also auch keine Kautionsstellung vorliegt, gilt als indefensus[16].

Darauf folgt denn bei actiones in rem sofortige Uebertragung des Besitzers, bei persönlichen dagegen Urtheil[17] und Exekution, jetzt aber nicht mehr durch generelle missio in bona, sondern durch die inmittelst überhaupt herangebildete Spezialexekution (§ 252, I).

Der säumige Kläger verliert sein Recht aus der gerichtlichen Ladung[18]; allein der Verklagte kann auch entweder absolutio ab instantia mit Verurtheilung des Klägers in die Kosten, oder, wenn er dies vorzieht, auf vorherige Ediktalladung einseitige Eremodizialverhandlung fordern[19].

2. Nach der Litiskontestation hat der Ungehorsam des einen oder des andern Theils die Wirkung, daß die erschienene Partei einseitig weiter verhandeln und Erkenntniß extrahiren kann[20]. Indessen berechtigt auch hier Ungehorsam des Klägers den Verklagten, Absolution von der Instanz zu beantragen[21].

---

15) Bethmann-Hollweg III S. 250 mit folgeweisem Arrest. Vgl. die theilweise abweichende Darstellung bei Muther, Sequestr. S. 336 ffl.

16) Bethmann-Hollweg III S. 302 ffl.

17) Wohl nur über die Voraussetzungen der contumacia; L. 73 de jud. 5, 1; Rudorff S. 318 Not. 19; Wetzell Not. 25. — S. über act. in rem z. B. L. 2 Cod. ubi in rem, 3, 19. Bethmann-Hollweg III S. 306.

18) Rudorff § 97 Not. 4; Bethmann-Hollweg III S. 305. 308.

19) Rudorff § 97 Not. 5; Puchta, Kurs. II § 186 a. E.; Wetzell Not. 11.

20) L. 13 § 2—4 Cod. de jud. 3, 1. Wetzell Not. 76; Bethmann-Hollweg III S. 307.

21) S. L. 13 § 5 cit. — Ueberhaupt ordnet L. 13 das Verfahren umfassend.

Zeigt sich sonach im R. R. allerdings schon der Uebergang von der Idee der reinen Parteienobligation zu der Idee der Mißachtung der Richterautorität, so fehlt doch durchaus, wie auch nicht anders sein konnte, der Begriff des formalen Rechtsnachtheils des Eingeständnisses[22]).

II. Im Kan. R. wurde vollends der Gedanke der richterlichen Leitung maßgebend[23]).

A. Vor der Litiskontestation ungehorsam, gleichviel ob latitirend, nicht erscheinend, oder nicht handelnd, gilt der gehörig, d. h. persönlich oder durch drei Edikte, geladene Verklagte pro confesso und es erfolgte gegen ihn missio, aber nicht in omnia bona, sondern in rem petitam oder pro modo debiti declarati, woran sich nach einer gewissen Frist der Verkauf schloß[24]). Außerdem konnte der Richter direkte Strafen, Bann, Exkommunikation u. dgl., verhängen[25]), durch Sequestration und Arrest auf Folgeleistung hinwirken, ja sogar, auch in Civilsachen, die sog. Realcitation, mit Ergreifung und Vorführung der Person, dekretiren[26]).

Bei Ungehorsam des Klägers wurde das eremodicium, abgesehen von den Fällen, wo de plano ohne Litiskontestation und Positionen zu verfahren war, aufgegeben, weil im ordentlichen Prozeß ohne Litiskontestation nicht in die Sache selbst einzugehen sei[27]). Der Verklagte konnte mithin nur absolutio ab instantia

---

22) Endemann a. a. O. § 40 a. E.

23) Daher schon bei Ricard. Angl. die ganze Sache unter der Rubrik: de officio judicis behandelt wird; s. p. 60. — Das ges. Material der kan. Doktrin s. bei Scacc. I c. 91 sqq. — Die contum. wird übrigens in weitestem Sinn als Ungehorsam gegen irgend einen Richterbefehl, nicht blos gegen die citatio partis erklärt, Durant. II, 1 de cont. § 1; daraus erklären sich auch die direkten Strafen, s. Not. 25.

24) Damas. tit. 1 v. 15; tit. 13. 22; s. im Näheren Pillius III § 18; Tancred. II, 4 § 1. 2; Durant. l. c. § 3 und über das Verfahren rubr. de primo et secundo decret.

25) Gratia I, 7 § 1. Durant. l. c. § 4. Lanfranc. de Or. rubr. expens. nr. 14. Marant. P. VI membr. 2.

26) Scacc. l. c. c. 37. 38.

27) Wetzell Not. 44. 45. 51 ffl.

fordern. Der Kläger aber hatte bei Wiederanruf die cautio pro lite prosequenda[28]) zu stellen.

B. Nach der Litiskontestation sollte bei Ungehorsam der einen oder der andern Partei ursprünglich noch immer in eremodicio durchprozedirt werden[29]). Allein ein wirkliches eremodicium ist nur bei mündlicher Verhandlung und freier Prüfung denkbar, nicht mehr, wo der Prozeß immer mehr in eine Reihe von Einzelhandlungen sich auflöste, der Richter durch die formale Verhandlungsmaxime und Beweistheorie gebunden erschien[30]). Die wahrs Folge bestand zunächst in der Präklusion des contumax, und zwar als von der Richtergewalt verhängte Strafe. Indessen gab es in dem Prozeß, wie er sich nun gestaltet hatte, nothwendige Handlungen. Der Richter brauchte als Grundlage des auf formale Wahrheit abzielenden Urtheils durchaus zweiseitige Verhandlung, ohne die er gar nicht wußte, wie weit und worüber er zu erkennen hatte[31]). Daher denn schon früh mancherlei Ansätze, die Zweiseitigkeit, d. h. die Erklärung des Gegners, zu erzwingen oder durch Fiktion zu ersetzen[32]). Zuerst stellte sich diese Fiktion nach mancherlei Schwanken als poena confessi, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Strafe, fest bei den Positionen, die ja dazu bestimmt waren, eine confessio zu erzielen[33]).

III. Das deutsche Verfahren schloß sich ganz an das Kan. R. an. Von dem altgermanischen Recht blieben kaum irgend welche Reste übrig[34]). Indessen bildeten sich allmählig weitere Modifikationen.

---

28) S. § 130, II C. S. über die contumacia actoris Durant. l. c. § 2. Scacc. l. c c. 93.

29) Damas. tit. 16; Bulgar. § 12 v. 10; Tancred. l. c. § 2. Nur si non liquere potest aushülfsweise miss. in poss. oder absolut. ab observ. jud.

30) Endemann, Beweislehre S. 176.

31) Endemann a. a. O. S. 182 Not. 7. — S. oben § 98, 99 a. E. § 110. 111.

32) Wetzell Not. 101 ffl.

33) Wetzell Not. 107; Endemann a. a. O. S. 176 ffl. Gesetzlich anerkannt in c. 2 VI de conf. 2, 9. cf. Durant. II, 1 de posit. § 9. — Ueber die Positionen und deren vermeintlichen Zusammenhang mit den interrog. in jure s. § 111, V.

34) Maurer § 77. 78. 151; Walter § 681. Vgl. auch Schäffner I S. 373. III S. 502. 539. — Endemann a. a. O. § 41 z. A.

A. Vor der Litiskontestation soll,

1. wenn der Kläger ganz ausbleibt, der Verklagte Absolution von der Instanz oder von der Ladung[35]), wenn dagegen der Kläger bereits gehandelt hat und nun noch contumax wird, einseitige Litiskontestation und dann Sentenz erbitten[36]). Nach den Reformen des J.R.A. aber, da die Klage vollständig fertig begründet eingebracht werden muß, die mündliche Wiederholung im Termin immer mehr als bloße Förmlichkeit und jedenfalls also die Vertheidigung des Verklagten wiederum für sich als eine getrennte, abgeschlossene Handlung erscheint (im Sinne des § 98), gestaltete sich das so. Der Verklagte hat, wo der Kläger im Einlassungstermin ausbleibt, die Wahl, ob er sich ab instantia absolviren lassen oder seine Einlassung erstatten will. Geschieht letzteres, so wird der Kläger, wenn er ferner ungehorsam, mit seiner Replik ausgeschlossen.

Vollends bei reiner Schriftlichkeit kann nur noch von der Präklusion mit der nächsten Handlung, verbunden mit Zugeständniß der vorausgegangenen gerichtlichen Handlung, nicht aber mehr von Eremodicium die Rede sein[37]).

2. Bei Ungehorsam des Verklagten wurde die sofortige missio in bona immer mehr in den Hintergrund gedrängt. Zuvörderst gab man dem Kläger das Recht, statt dessen seine Klage zu beweisen und so definitive Sentenz zu erlangen[38]).

In der Folge wurde jedoch der „Einsatz" ganz beseitigt. Der fertigen Klage gegenüber war die nächste Handlung des Verklagten die Erklärung auf dieselbe, also die Litiskontestation (§ 107, I C.). Von einem Ungehorsam vor der Litiskontestation war mithin keine Rede mehr[39]).

---

35) K.G.O. von 1495 Tit. 18. Wetzell Not. 13.

36) K.G.O. von 1555 III 42 § 1. Wetzell Not. 15.

37) Daher begreiflich, wie Wetzell Not. 17 erwähnt, daß die späteren Schriftsteller das einseitige Verfahren gar nicht mehr erwähnen.

38) K.G.O. von 1495 Tit. 19 § 1.

39) J.R.A. § 36. Ansätze dazu schon in der italien. Praxis. Wetzell Not. 59 ffl. Die missio ist also seitdem erst Exekution des auf fingirte lit. cont. erlangten Urtheils, nicht Beginn der Prozedur gegen den contumax; eremodicium paßt auch hier nicht mehr.

B. Als Folge des Ungehorsams nach der Litiskontestation trat immer mehr bei der Vereinzelung der Parteienhandlungen an Stelle des Eremodiziums[40]) die Präklusion; bei den Positionen und Artikeln zugleich die poena confessi als Folge der unterlassenen Responsion[41]). Zunächst nur bei diesen, so daß also sonst der Gegner der präkludirten Partei seine thatsächlichen Behauptungen erst noch zu beweisen hatte[42]). Allein von jenem Punkte aus verbreitete sich der Rechtsnachtheil der Fiktion des Geständnisses immer weiter, da die confessio in dem Verhandlungsprozeß die wünschenswertheste Grundlage und bei der Trennung der Parteihandlungen überall die Erklärung nach dem Prinzip der Zweiseitigkeit als eine nothwendige Handlung erschien[43]). Ueberall war es am Bequemsten, die unentbehrliche Responsion (s. § 111, IV) durch Androhung, daß sie im Sinne eines Zugeständnisses für geschehen fingirt werde, zu erzwingen[44]). Mithin war, nachdem die Klage bereits die sämmtlichen zu ihrer Begründung erforderlichen Thatsachenbehauptungen enthalten mußte, auch schon der Ungehorsam in der Litiskontestation, d. h. die Unterlassung der ersten Erklärung (§ 107, III), auf peremtorische Aufforderung hin ein Zugeständniß der Klage und folglich durch contumacia in litiscontestatione der Verklagte zu sofortiger Verurtheilung ad petita libelli reif[45]). Nach neueren Prozeßrechten ist denn neben der selbstverständlich überall eintretenden poena praeclusi die poena confessi über den ganzen Prozeß hin erstreckt worden[46]). Daher

---

40) Wetzell Not. 97; obwohl die Reichsges. ursprünglich noch daran festhielten, daß die Sache trotz des Ungehorsams so gut als möglich geprüft und — vielleicht zu Gunsten des Ungehorsamen — entschieden werde. K.G.O. v. 1523 VI § 1; K.G.O. v. 1555 III 42 § 3; 43 § 4.

41) K.G.O. von 1555 III 15 § 7; Dep.-A. von 1600 § 122; J.R.A. § 49. Wetzell Not. 110.

42) R.K.G.O. 1550 XVI; 1555 III, 43 § 4; J.R.A. § 36.

43) Endemann a. a. O. S. 178. S. darüber bes. Renaud S. 450.

44) Carpzov. proc. VIII art. 3 § 1; 5. § 3; defin. I 14 III 33 nr. 11; bes. nach sächs. Recht; aber passim auch in cam. imp. Gaill. I obs. sq. nr. ult.

45) Brunnem. c. 14 nr. 14.

46) Zeugnisse dafür s. bei Renaud § 165, 27. 52. 53. Der Klage gegenüber, wenn man will, schon dadurch gerechtfertigt, daß die Positionen

bedarf es denn auch für den heutigen Prozeß gar keiner Unterscheidung mehr in Betreff der Prozeßstadien vor oder nach der Litiskontestation. Der Klage gegenüber ist der Rechtsnachtheil des Eingeständnisses derselbe, wie jeder anderen Behauptungshandlung gegenüber, und die Strafen der Anerkennung von Urkunden, der Eidesweigerung u. dgl. sind nur Spezialbezeichnungen desselben Rechtsnachtheils.

Ebenso wenig bedarf es einer Sonderung des Klägers und des Verklagten. Die Lage beider Parteien ist dem gerichtlichen Befehl, eine Handlung vorzunehmen, gegenüber ganz die nämliche. Scheinbar kann sowohl die Präklusion, wie die fingirte Erklärung, als Ausfluß des Parteienwillens aufgefaßt werden. Daher denn, um das Wesen der Ungehorsamsfolgen zu bezeichnen, die sog. Verzichtstheorie[47]), der zufolge die poena confessi Verzicht auf das prozessualische Recht des Leugnens wäre. Die Meisten sind für die sog. Straftheorie[48]). In der That erscheinen die Rechtsnachtheile als Mittel der richterlichen Prozeßleitung, um die Parteien bei der Folge der Handlungen zu halten[49]), deren Wirkungen in der Gerichtsgewalt und nach der Prozeßordnung begründet sind, gleichviel, ob die Partei in Wahrheit, wie dies möglich ist, die Absicht hat, zu verzichten und sich den Kontumazialfolgen zu unterwerfen, oder nicht[50]).

---

jetzt in der Klage stecken; § 111, V. Allein der echte Grund ist der, daß dadurch überhaupt eine straffere Einwirkung auf den Fortgang des Prozesses gewonnen wird. —

47) D. L. Böhmer princ. jur. canon. § 736. 741; Schmid § 301 Not. 10; Martin, Vorl. I S. 575; Renaud § 165, 32.

48) Wetzell Not. 99; Renaud § 165, 34; ein Name, den man sich, wenn es denn eines solchen bedarf, gefallen lassen mag.

49) Zur Kritik s. Endemann a. a. O. § 42; über den Standpunkt der neuen Rechte: v. Arnold, Arch. f. civ. Pr. Bd. 46 S. 163. Ueber das engl. System s. Rüttimann § 158. 159; Gneist, Gesch. des Selfgov. I S. 523. — Neuere Mündlichkeitsprozeßordnungen, zumal wenn sie materielle Wahrheit wollen, müssen naturgemäß zu dem eremodicium zurückgreifen; s. z. B. Preuß. E. § 371.

50) Wetzell S. 568.

§ 123.

β. Begriff und Voraussetzungen des Ungehorsams.

Martin § 120; Linde § 175; Heffter § 208; Schmid § 91; Bayer § 155; Osterloh § 116; Wetzell § 49; Renaud § 165.

I. Ungehorsam, contumacia, ist die Nichtbefolgung einer prozessualischen, von dem Richter erlassenen[1]) Aufforderung zum Erscheinen und Handeln[2]). Ob die Nichtbefolgung in dem Nichterscheinen oder Nichthandeln, im gänzlichen Unterlassen oder unvollständigen, ungenügenden Handeln, in ausdrücklicher Weigerung oder thatsächlichem Versäumen besteht, ist für den Begriff der contumacia einerlei[3]).

II Voraussetzung des wirklichen Ungehorsams ist

A. eine im legalen Prozeßwege erlassene Auflage an die Partei, innerhalb bestimmter Zeitgrenze (Frist oder Termin) die betreffende Handlung vorzunehmen, bzw. zu diesem Behufe (bei terminlichem Verfahren) vor Gericht zu erscheinen[4]). Sie muß

1. äußerlich und innerlich legal sein. Dazu gehört von vorn=

---

1) Aufforderungen zu Parteienhandlungen, die unmittelbar von selbst mit gesetzlichem Zwange bekleidet wären, gibt es sonst nach gemeiner Prozeßlehre nicht mehr, außer der gesetzlichen Aufforderung, die in den Fatalien liegt. Wo sich unmittelbar der Rechtsnachtheil als gesetzliche Folge an das Nichthandeln schließt, ist es denn eine weitere Frage, von untergeordnetem Belang, ob die gesetzliche Andeutung nochmals bes. ausgedrückt werden muß (s. z. B. Bad. P.O. § 209), oder stillschweigends sich von selbst versteht (s. z. B. Preuß. E. § 223, zumal im Anwaltsprozeß); vgl. unten II A. 2.

2) Darin liegt von selbst, wenn es dessen bedarf, der Gegensatz zu dem etwaigen Ungehorsam einer condemnatio gegenüber, welcher durch die Zwangsexekution (direkt) gebrochen wird. Renaud Not. 9.

3) Schmid S. 302 Not. 22; Osterloh § 116 z. A.; Renaud § 165, 17. — Ueber den Gegensatz von Versäumniß u. Verweigerung s. Arnold, Arch. für civ. Proz. Bd. 46 S. 163; Wetzell nach Not. 63. Die Voraussetzung, sowie die Zulässigkeit der purgatio (§ 124, IV) ist allerdings verschieden in beiden Fällen.

4) Aus dieser Definition ergibt sich, daß nach gemeinem schriftl. Prozeß ein Ungehorsam des Klägers in Bezug auf die (freiwillige, s. § 103) Klaganstellung nicht möglich. Anders bei Mündlichkeit s. § 168, II a. E.

herein die Kompentenz[5]) des ladenden Gerichts, die Einhaltung aller wesentlichen äußeren Prozeßvorschriften, aber auch innere Legalität des Ladungsdekretes. Nichtige Auflagen begründen keinen Zwang[6]). Die darauf erfolgte Annahme einer contumacia würde nicht minder als nichtig angefochten werden können[7]).

2. Der Befehl muß nicht nur rite ergangen, sondern auch bekannt gemacht und diese Bekanntmachung bescheinigt sein (§ 143). Regelmäßig wird ausdrückliche Androhung der Rechtsnachtheile, die früher, was die Citation auf die Klage anlangt, erst nach zwei vorangegangenen dilatorischen Ladungen erfolgen sollte[8]), nach den die neueren Prozeßrechten aber um der Abkürzung willen schon für die erste Ladung auch zur Klagbeantwortung (§ 174, 1) vorgeschrieben zu werden pflegt[9]), und Bezeichnung der präklusiven Zeit verlangt; wobei jedoch auch schon allgemeiner Hinweis auf das Gesetz genügt, um peremtorisch zu wirken (§ 117, 20).

3. Die an sich rechtsverbindliche Aufforderung kann möglicherweise entkräftet oder modifizirt werden durch Vergleich, Prorogation, Tod des Geladenen[10]).

B. Nichthandeln der geladenen Partei, welches entweder durch Ablauf der Frist oder des Termins, welche für die Möglichkeit des Handelns nach den oben dargestellten Grundsätzen (§ 117.

---

5) Vgl. § 67, woselbst bereits angeführt wurde, warum es im Ganzen nöthiger ist, sich nicht darauf zu verlassen, sondern zu erscheinen u. die exc. fori vorzuschützen.

6) Martin I S. 578. — Nur daß es auch hier die Frage ist, ob sich die Partei darauf verlassen oder lieber durch Beschwerde den einmal vorliegenden Richterbefehl hinwegräumen soll.

7) L. 75 de jud. 5, 1; L. 3 Cod. quomodo et quando 7, 43. Wetzell Not. 114.

8) S. § 116, 10; § 117, 19; auch die altgerman. mannitio dreimal im Gegensatz zu der einmaligen bannitio, wonach denn später in Frankreich 3 contremands; s. Schäffner I S. 372; III S. 506, die aber später in Eins zusammengezogen wurden; das. III S. 408.

9) S. auch Renaud § 85, 19. 20; Wetzell S. 559.

10) Morte peremtorium solvitur, heißt es gemeinrechtlich; L. 59 § 3 de re. jud. 42, 1. Allein s. über das Einrücken der Erben § 93, IV.

118) gegeben waren, oder vielleicht schon vorher durch ausdrückliche Verweigerung der Handlung konstatirt wird[11]).

C. Das Nichthandeln muß ein imputables, also vorsätzliches oder kulposes sein[12]). Zufall, der kein Verschulden involvirt, schließt die contumacia aus. Nun wurde im R.R. die culpa zwar präsumirt[13]), aber nach dem ganzen Karakter der röm. Präsumtion nur vorbehaltlich der konkreten Prüfung[14]). Bei den Kanonisten aber wurde daraus eine praesumtio juris[15]), vermöge deren Angesichts der Thatsache des Nichthandelns, wer den Folgen der contumacia entgehen wollte, seine Schuldlosigkeit besonders darzulegen hatte[16]). Die Entschuldigungsgründe hat man dann unter dem Namen der Ehehaften näher zu schematisiren gesucht. Es gehören dahin Krankheit, Staatsgeschäfte, Gefangenschaft, Unwetter, Familientrauer u. dgl. Selbstverständlich ist das Sache der thatsächlichen Prüfung[17]). Solche Umstände begründen im schriftlichen Verfahren entweder ein Gesuch um Erstreckung vor Ablauf der Zeit (§ 119, II), oder sie beugen auch nach der seitherigen gemeinrechtlichen Theorie, wenn gleich nicht mehr nach den modernen Prozeßrechten, den Folgen der an sich verwirkten contumacia vor (§ 124, IV A). Uebrigens muß dabei festgehalten werden, daß zum Theil für das mündliche Verfahren die Bedeu-

---

11) Faktisch wird das selten vorkommen. Man hält sich an das sichere Kriterium des Zeitablaufs, während bei einer vorher erklärten Weigerung immer zweifelhaft bleiben kann, ob sie eine definirte ist, oder doch noch die Benutzung der noch übrigen Zeit der Ladung gestattet erscheint. Vgl. § 124, 18.

12) L. 7 pr. de i. i. r. 4, 1. — Für das Folgende macht sich unwillkürlich die Analogie der mora in Vertragserfüllung geltend. Vgl. darüber Endemann, Handelsrecht § 98 u. bes. § 113.

13) L. 199 de R.J. 50, 17.

14) Also, modern ausgedrückt, nur praes. hominis. Vgl. § 186.

15) Bulgar. § 12 v. 45.

16) Aehnlich auch im altgerman. Recht; s. Schäffner, I. S. 373 vgl. mit III S. 507; Grimm, d. Rechtsalt. S. 847.

17) Wetzell Not. 119; Renaud § 166, 14.

tung der Verhinderungsgründe eine ganz andere ist, als für das schriftliche[18]).

Daß der zufällige Ungehorsam doch zur Kostenverurtheilung führe[19]), ist unbegründet, wenn auch der Prorogation oder Restitution nachsuchende Theil deren Kosten zu tragen hat (§ 118, 37; § 112, 25).

§ 124.

γ. Die Folgen des Ungehorsams, deren Verwirklichung oder Vereitlung.

S. die Citate des vorigen §.

I. Die Nachtheile, welche den Ungehorsamen treffen, bestehen

A. in dem Ersatz der Kosten, poena contumaciae generalis, welche dem Gegner durch den vereitelten Termin und sonst durch die Versäumniß des contumax erwachsen sind[1]).

Während im R.R. durchaus der Gesichtspunkt des Schadensersatzes herrscht, erscheint dies nach Kan. R. und R.-Ges. als Strafe, welche daher auch schon bei allen dilatorischen Ladungen gerechtfertigt ist. Ebendeshalb braucht sie gar nicht besonders angedroht zu werden und tritt selbst dann ein, wenn trotz der contumacia in der Sache selbst zu Gunsten des contumax erkannt werden müßte[2]). Bei blos dilatorischer Ladung muß dann der verwirkte Kostenersatz erst bereinigt sein, ehe der Ungehorsame mit weiteren Handlungen zugelassen wird[3]). Bei peremtorischen Ladungen verbinden sich damit die weiteren Spezialrechtsnachtheile.

---

18) Denn z. B. eine Schrift schicken kann leicht noch der, welcher mündlich nicht zu handeln vermöchte.

19) Osterloh Not. 16.

1) L. 79 pr. de jud. 5, 1; L. 13 § 2. L. 15 Cod. de jud. 3, 1; c. 2. 6. X. de dolo et contum. 2, 14; c. 1 VI de dolo et cont. 2, 6; R.K.G.O. v. 1495 Tit. 18. 19; von 1555 I 42 § 6. — S. auch D. E. § 194; Bair. E. Art. 194.

2) L. 13 § 2 Cod. cit.; c. 4 X. de poen.; R.K.G.O. von 1555 § III 42 § 3; 43 § 4; Konz. der R.K.G.O. von 1613 III 51 § 2. — Das eremodicium kommt jetzt freilich kaum noch vor.

3) L. 15 Cod. de jud. 3, 1; Renaud § 165, 56.

Die Kostenerstattung umfaßt, wo terminlich gehandelt wird, jedenfalls die Terminskosten und die Kosten der Kontumazialverfügung; im rein schriftlichen Verfahren dagegen nur die Kosten des Kontumazialantrags und der Präklusivverfügung. Sie bleibt selbst dann aufrecht erhalten, wenn es dem Ungehorsamen gelingt, die weiteren Ungehorsamsfolgen durch Purgation oder Restitution zu beseitigen (s. unten Nr. IV).

Außerdem aber sind allenfalls sonstige Aufwendungen, die als verursachte Folge der contumacia dargelegt werden, zu ersetzen.

B. Die Spezialrechtsnachtheile, poenae contumaciae speciales, treten nur auf peremtorische Ladung (§ 123, 9) hin ein. Sie sind:

1. Die Präklusion, poena praeclusi, der sog. willkührlichen Handlungen[4]), d. h. das Verbot, positive Handlungen aller Art, Exzeptionen, Repliken, Beweisantretungen, Urkundenvorlagen, Rechtsmittel u. dgl., die binnen der bestimmten Zeit hätten vorgenommen werden können, nach deren Ablauf noch vorzunehmen[5]). Darin besteht eben der präklusive Karakter des modernen Prozesses (§ 112), von dem aus es sehr unnöthig erscheint, fernerhin darüber zu streiten, ob die Präklusion als Strafe, oder als fingirter Verzicht gelten soll[6]).

2. Die Fiktion, daß die nothwendige Handlung, welche vorzunehmen war, doch vorgenommen worden sei[7]). Nothwendig aber ist nach dem Prinzip der Zweiseitigkeit (§ 98. § 111 IV) vor Allem die Responsion auf die Klage (§ 107, 83), sodann aber auch auf jede revelante thatsächliche Behauptung. Sie wird daher als geschehen fingirt

---

4) Wetzell Art. 95; Renaud S. 447.

5) Das trifft beide Theile gleichmäßig und jetzt so allgemein, daß man diese poena auch eine generalis nennen kann; wie z. B. Hanov. P.O. § 155; D. E. § 194; Bair. E. Art. 194. —

Neuere Ges. unterscheiden prinzipiell: Ungehorsam des Klägers und des Verklagten; so Bad. P.O. § 327; D. E. § 274 ffl. Bair. E. § 264 ffl. und mit Recht. Denn allerdings gehen im mündl. Proz. die Folgen für den Kläger über die Präklusion leicht hinaus s. § 123, 4 a. E.

6) Renaud S. 448.

7) Martin I S. 581. Wetzell S. 569.

und zwar zufolge der dargestellten historischen Entwicklung, nachdem man früher häufig angenommen hatte, daß eine Negation erfolgt sei, jetzt durchweg als Zugeständniß.

Auf solche Weise ist die Fortbewegung der eigentlichen Prozeßhandlungen in ihrem wechselseitigen Verlauf gesichert und zugleich, da die undeutliche oder unvollständige Erklärung ebenso, wie gar keine, gilt, dem Bedürfniß formell bestimmter Erklärung genügt (§ 111, 4). Daneben bleibt allerdings für richterliche Auflagen Raum, denen gegenüber die Fiktion des Eingeständnisses nicht genügt oder nicht möglich ist. Indessen erscheinen solche Fälle (§ 125, II), in denen direkter Zwang nöthig wird, als Ausnahmen[8]).

II. Die Verwirklichung der Rechtsnachtheile geschieht nach der Verhandlungsmaxime nur auf Antrag[9]). Contumacia non accusata non nocet. Ein solcher war nach R.R. zu der Maßregel der missio in possessionem oder venditio gegen den contumax gewiß nöthig, allein für das eremodicium oder die Präklusion wenigstens nicht in der heutigen formellen Weise[10]).

Im Kan. R. und nach den R.=Ges. hingegen ist die Nothwendigkeit der accusatio vorausgesetzt[11]). Sie entspricht durchaus der strengeren Verhandlungsmaxime. Erst in der Neuzeit konnte von dem Gesichtspunkt aus, daß der Ungehorsam Mißachtung des kraft der Gerichtsgewalt erlassenen Befehls sei, allenfalls Zweifel entstehen, ob die Folge der Mißachtung nicht eo ipso, auch ohne Antrag, eintrete[12]). Hält man an der Verhandlungsmaxime fest, so ergiebt sich

---

8) Ueber die Gründe vgl. § 121. Welche unnöthige Schwierigkeiten das fing. Geständniß der Theorie macht, s. bei Guyet, Arch. f. c. Pr. XL S. 145. Anders gestaltet sich natürlich der Ungehorsam bei mündlicher Verhandlung und dem Streben nach materieller Wahrheit. Vgl. dazu überh. Endemann, Beweisl. § 42.

9) S. dagegen Han. P.O. § 155; D. E. § 193; Bair. E. § 275, wonach nur ausnahmsweise Antrag, gegen den Preuß. E. § 373. 374.

10) L. 13 § 2 Cod. de jud. 3. 1; Nov. 112 c. 3; Anth. qui semel Cod. 7, 43.

11) Wie die Lehre von der purgatio, s. unter IV, darthut. — K.G.O. 1555 III 42 § 1; 43 § 4.

12) Zumal die contumacia an sich mit dem Zeitablauf für verwirkt

A. daß, wenn kein Kontumazialantrag gestellt wird, der Termin oder die Frist circumduzirt, d. i. der Termin vereitelt[13]), bezw. die Fristversäumniß verziehen[14]) erscheint.

B. Der Antrag hat an sich keine Frist, muß aber bei Fristversäumniß so bald gestellt werden, daß nicht auf Kondonation zu schließen ist[15]). Bei Terminsversäumniß muß derselbe im Termin gestellt oder doch vorbehalten werden, wenn letzterer nicht vereitelt erscheinen soll[16]). Dagegen ist bei erklärter Weigerung Ungehorsamsanklage auch schon vor Ablauf der Frist oder des Termins möglich (Not. 18).

C. Zur Begründung dient die Bezugnahme auf die Thatsachen der Ladung und des Ungehorsams, die aktenmäßig sind oder gemacht werden können[17]). Also wird auf den Ablauf der Zeit, und die darin begriffene stillschweigende, oder auf die, möglicherweise schon vorher ausdrücklich erklärte Weigerung hingewiesen. Im letzteren Falle braucht mit der Ungehorsamsanklage nicht bis zum Ablauf der Frist gewartet zu werden, sie kann vielmehr sofort erfolgen[18]). Die Bitte geht auf Realisirung der angedrohten Präjudizien, in der Regel zugleich auf weitere Verfügung in der Sache selbst.

D. Unnöthig jedenfalls ist die accusatio bei gesetzlichen Fristen, deren Nachtheil (der Präklusion) unmittelbar ex lege eintritt[19]).

---

gilt (s. § 112), wie dies dem Gesichtspunkt des Richterbefehls in der Ladung entspricht.

13) Sonderbarerweise hat man das, anstatt darin lediglich die Folge des Verhandlungsprinzips zu erkennen, auf den Satz: contumacia cum contumacia compensatur zurückführen wollen. Bayer S. 517; Renaud § 166, 2.

14) Wetzell § 72 Not. 19. — L. 73 § 1. 2 de jud. 5, 1.

15) Ein weiterer Antrieb, den Antrag schnell einzubringen, liegt in der Möglichkeit, daß sonst der Gegner noch purgiren kann; s. unten Nr. IV.

16) Bayer S. 519; Renaud § 166, 6.

17) Wo die Ladung durch das Gericht erfolgt; anders, wo durch selbstständige Gerichtsvollstrecker, welche ein bes. Dokument auszustellen und der Partei auszuhändigen haben.

18) Vorausgesetzt, daß eine wirkliche endgültige Weigerung vorliegt; s. § 123, 11.

19) Wetzell § 68, 85. S. oben § 117, 18; D. E. § 195.

III. Auf den begründeten Antrag folgt die declaratio contumaciae durch den Richter. Der Richter ist es, der die angedrohten Nachtheile vollzieht, sei es in einem eigenen Dekret, sei es in Verbindung mit dem Erkenntniß in der Sache selbst, einem je nach Lage der Verhandlungen mit Berücksichtigung des verwirkten Kontumazialnachtheils kondemnirenden, absolvirenden oder interloquirenden Kontumazialbescheid[20]). Im letzteren Fall ist die Realisirung des Ungehorsams in die ganze Sentenz verwebt, mitunter auch nur stillschweigend darin enthalten. Obwohl hiernach keineswegs absolut nothwendig ist, daß das Kontumazialerkenntniß stets in der Sache selbst zu Ungunsten des Ungehorsamen ausfällt, so bringt es doch die Natur der Dinge, da nicht mehr wie im mündlichen Verfahren Eremodizialverhandlung eintritt (s. § 122, 12. 29. 42), sondern sofort die Präklusion der Vertheidigung, sowie das Eingeständniß der unter den Präjudizien mitgetheilten Handlung feststeht, mit sich, daß thatsächlich fast immer gegen den Ungehorsamen zu erkennen ist. Nur wenn die Handlung, welcher gegenüber der Ungehorsam eingetreten, mangelhaft begründet ist, also gar nicht zur Erklärung hätte mitgetheilt werden sollen, oder wenn die präklusive Handlung gar nicht erforderlich gewesen wäre, kann noch zu Gunsten des Ungehorsamen erkannt werden müssen[21]).

Man könnte die Deklaration des Ungehorsams auch als blose Bestätigung des Parteienrechts betrachten; allein nach dem Karakter des heutigen Prozesses gilt sie richtiger als Ausdruck der richterlichen Handhabung der Rechtsnachtheile; daher denn auch oft der Richter, indem er ohne Weiteres die letzteren für eingetreten ansieht, ex officio die verspäteten Handlungen sofort zurückweist.

Bei Versäumniß einer Fatalienfrist ist natürlich, weil die

---

20) Daß diese auch der Appellation unterliegen, s. § 232, 5. — S. überh. Martin I S. 503. Hanov. P.O. § 367 ffl. Bad. P.O. § 212; D. E. § 274 ffl.; Bair. E. Art. 194.

21) Also eigentlich bei mangelhafter Prozeßleitung. Daher denn, wo diese strikt von Statten geht, die Praxis kaum anders weiß, als daß der Ungehorsame, sei es Kläger, oder Verklagter, Produzent oder Produkt, Appellant oder Appellat, als sachfällig den Prozeß verliert. Ueber die Kostenverurtheilung s. § 138, II.

Präklusion von selbst (Not. 19) eintritt, niemals besondere Deklaration nöthig, um diesen Effekt zu begründen.

IV. Nimmt man an[22]), daß die Versäumniß mit dem Ablauf der peremtorischen Zeit eintritt, so ist damit gesagt, daß alsbald mit diesem Zeitpunkt die Wirkungen gegeben sind[23]). Wenn dagegen die contumacia erst durch die accusatio, oder gar erst durch die declaratio (s. Nr. III) realisirt wird, so muß

A. bis dahin noch die Nachholung der versäumten Handlung, die purgatio contumaciae, statthaft erscheinen[24]). Die neuere, strengere Ansicht aber schließt meist die purgatio gänzlich und selbst dann aus, wenn ein Ungehorsamsantrag (s. Nr. II) erheischt wird[25]). Jedenfalls alterirt übrigens die Nachholung, soweit sie noch möglich, nicht die Verpflichtung zum Kostenersatz[26]).

B. Ist der Rechtsnachtheil einmal eingetreten, also nach der strengeren Ansicht mit dem Zeitablauf, so bleibt nur noch die Restitution übrig und zwar, sofern noch keine Sentenz ertheilt wurde, die rein prozessualische (§ 112 II). Während im R.R. schon die einfache, formlose Darlegung, daß kein Ungehorsam im eigentlichen Sinn vorliege[27]), hinreichte und in der älteren Dok-

---

22) S. hierzu Hartter, Zeitschr. für Civ.R. u. Proz. N. F. Bd. 20 S. 119. 146.

23) Der Standpunkt der neueren Ges., Han. P.O. § 155; Braunschw. P.O. § 119; Old. P.O. Art. 99; D. E. § 195; Renaud § 166, 15, ist freilich darin noch nicht ganz entschieden.

24) Osterloh § 116, 10; Wetzell § 49, 65. — Nothwendig muß es dabei streitig sein, ob bis zur accusatio, oder bis zur declaratio, jenachdem man in den einen oder andern Akt den Schwerpunkt legt. Daß c. 24 X. de off. jud. del. 1, 29 darüber so wenig entscheidet, wie irgend eine andere alte Stelle, ist klar; vgl. Renaud Not. 9. 10. Daß bei Fatalienversäumniß keine purgatio möglich, folgt aus Not. 19.

25) Schmid § 90 Art. 34; Schletter's Jahrbb. Bd. 8 S. 113 Nr. 20. — In England kann das Gericht frei Abhülfe gegen snapping a judgment geben; Rüttimann § 125. — Ueber das Gegenstück der purgatio morae in contract., der die Neuzeit ebenso ungünstig, s. Endemann, Handelsrecht § 113, II.

26) Bayer S. 516. Renaud Not. 11. S. oben I A.

27) S. § 123, 12 u. Renaud S. 455. L. 75 de jud. 5, 1. Keine der auf r. i. i. bezüglichen Stellen (s. Osterloh § 116 Not. 19) betrifft den Fall der contumacia. Im R.R. gibt es nur r. i. i. gegen zweiseitige

trin die Nachholung sich vielfach mit der Restitution vermischte[28]), ist jetzt förmliche Beseitigung der an sich durch Nichtbeachtung des Richterbefehls verwirrten Folgen in dieser Form nöthig[29]). Sie findet gegen jederlei Versäumnisse, auch von Fatalien, statt[30]).

Der Zweck derselben ist Wiedereröffnung der Frist oder des Termins behufs Nachholung der versäumten Handlung. Voraussetzungen und Verfahren der Restitution sind bereits früher dargestellt worden (§ 112, II u. III).

Ist dagegen bereits Kontumazialerkenntniß gefällt worden, so tritt die Restitution als Rechtsmittel gegen die Sentenz auf (§ 247), möglicherweise auch in Verbindung mit der Appellation (§ 247, 21), obwohl es sich auch da um Beseitigung des Ungehorsams handelt, auf den hin die Sentenz erkannt hat. Moderne Prozeßrechte geben gegen solche Erkenntnisse, wie gegen einfache Versäumnißverfügungen, das besonders benannte Rechtsmittel der Einsprache[31]), welches, dem gemeinen Prozeß in dieser Weise fremd, wesentlich auf der Unterstellung beruht, daß das Institut der contumacia zunächst der Partei, welche auf Vertheidigung ihrer Sache oder Vornahme einer gewissen Handlung verzichten will, als der bequemste und einfachste Ausdruck dieser Absicht dient. Daraus folgt dann die Nothwendigkeit, in der Einsprache ein Mittel zu geben, welches diese Unterstellung durch Kundgebung des gegentheiligen Willens bzw. durch die Darlegung, daß dieser Wille ungeachtet der Unterlassung in Wirklichkeit nicht vorhanden war, zerstört[32]).

Verhandlung, bes. Litiskontestation, u. Sentenz, — Bethmann-Hollweg, Handb. I S. 376 Not. 9. —, gegen Fristenversäumniß einfache reparatio; jetzt aber auch gegen einseitige Handlung bezw. Versäumniß.

28) Je mehr die Nachholung gestattet ist (Not. 24), wozu die kanon. Theorie stets geneigt war, vermeintlich zum Schutz des leidenden Theils, desto weniger Veranlassung zur Restitution.

29) Umfassend behandelt im Bad. P.O. § 203 ffl.; D. E. § 205 ffl.; Bair. E. § 196 ffl. — In diesem Sinne tritt selbst die Neuentdeckung der Form nach als Rest. auf, während sie materiell allerdings Entschuldigung des Nichtvorbringens ist.

30) Dep. A. von 1600 § 86; Konz. der R.K.G.O. von 1613 III 62 § 3.

31) Han. P.O. § 157 ffl. 373; D. E. § 196. 202; Bair. E. Art. 172 ffl.; Preuß. E. § 377 ffl.

32) Die Annäherung an das R.R. (s. Not. 13. 27) ist klar.

§ 125.

cc. Andere Strafen.

I. Abgesehen von den Zwangsmitteln der gerichtlichen Disziplin (§ 53) stehen nach der Theorie, um das Erscheinen und Handeln im Prozesse zu sichern, auch direkte Strafen zu Gebote. Indessen hatte die Verhandlungsmaxime diese namentlich dem Kan. R. entnommenen Strafen im Ganzen widerwillig gemacht[1]). Erst die moderne Stimmung zu Gunsten der richterlichen Offizialgewalt greift zum Theil wieder lieber zu unmittelbarem Zwang (§ 121).

II. Was indessen die Parteien betrifft, so findet ein derartiger Zwang während des Prozesses im Umfang der formellen Prozeßleitung[2]) nur ausnahmsweise statt. So zu einem Güteversuch oder zu Ausübung des richterlichen Fragerechts[3]). Eine zwangsweise Adzitation, um als Partei in den Prozeß einzutreten, verbunden mit direktem Zwang, gibt es nicht (§ 79). Ebenso wenig erleiden die Parteien direkten Zwang behufs der Vornahme der gewöhnlichen Prozeßhandlungen. Für deren Vornahme reichen die indirekten Mittel der Ungehorsamsstrafen aus. Der Zwang der Exekutionsinstanz, der ein direkter sein muß, hat eine ganz andere Grundlage und einen ganz andern Karakter[4]).

Für die Androhung unmittelbarer Strafübel bleiben sonst nur die Fälle übrig, wo eine positive Handlung kraft richterlicher Auflage vorgenommen werden soll, die sich durch die Fiktion des Zugeständnisses nicht ersetzen läßt; wie allemal da, wo es sich nicht blos um eine Erklärung handelt, mithin die Basis für die Annahme eines Eingeständnisses fehlt, oder wo rein privatrechtliche, civilistische Präjudizien nicht ausreichend erscheinen. In der letzteren Richtung hängt viel von der Stimmung des Verfahrens ab. Es läßt sich nicht verkennen, daß der neuere Prozeß, entsprechend der Ausdehnung

---

1) Osterloh § 116 Not. 4. Bayer § 156 IV.

2) Andere poenae temere litigant. (§ 128), der Zwang zum Kalumnieneid (§ 129) und zu Kautionen u. dgl. (§ 130 ffl.), gehören der materiellen Prozeßleitung an.

3) S. § 136; Bad. P.O. § 281.

4) Die im R. und Kan. R. noch übliche Realcitation (§ 122, 14a und 26) auf die Klage kommt nicht mehr vor.

der Offizialgewalt, sich vielfach geneigt erweist, das leicht als das einfachste empfohlene Mittel direkter Nöthigung auszudehnen[5]).

Sobald eben die Offizialgewalt sich ausdehnt, wird direkter Zwang weiterhin nothwendig[6]). Nicht selten wird auch die Disziplinargewalt so stark benutzt, daß sie auf die Prozeßleitung großen Einfluß hat.

III. Gegen Dritte ist das umgekehrte Verhältniß. Prozessualische Rechtsnachtheile sind hier unmöglich, Privatrechtsansprüche der Parteien nach der gewöhnlichen Ansicht ein ungenügender Zwang. Daher hier stets Anwendung direkter Strafen, um zum Erscheinen und Handeln zu nöthigen. So gegen Zeugen, Editionspflichtige u. s. w.[7]).

IV. Die Strafmittel sind im Wesentlichen dieselben, wie zur Aufrechthaltung der Disziplin; also besonders Geld- oder Freiheitsstrafen[8]).

III. Materielle Prozeßleitung.

§ 126.

A. Begriff und Umfang.

Osterloh § 91; Wetzell § 45.

Unter der materiellen Prozeßleitung ist eine Summe von Befugnissen des Richters zu verstehen, welche unter andern Verhältnissen der Handhabung und dem Schutz der Parteien selbst überlassen werden[1]). Da für den gemeinen Prozeß die Oberleitung durch den Richter überwiegend erscheint, so gilt es, wenn auch die Verhandlungsmaxime dies Alles formell von den Anträgen der Parteien abhängig macht[2]), wesentlich als Aufgabe des Gerichts:

---

5) S. z. B. bei Erzwingung eines Manifestationseides; s. § 206, III.

6) Z. B. zur Erzwingung der Urkundenedition (s. § 217), oder einer Niederschrift des Urkundendiffitenten (s. § 129).

7) Wetzell § 45 nach Not. 9. Osterloh § 154 a. E.

8) Von Bann, Acht, Exkommunikation braucht für den praktischen Civilprozeß ebensowenig die Rede zu sein, als von körperl. Züchtigung.

1) Im R. R. findet sich daher in dieser Weise das, was wir materielle Prozeßleitung nennen, so gut, wie gar nicht.

2) Hält man sich an das Aeußerliche, so kann man Vieles von dem Folgenden auch unter die Rubrik „Verhältniß der Parteien zu einander“

1. Gefährde fern zu halten und den Parteien Sicherheit gegen Mißbrauch zu gewähren;

2. auch sonst den Parteien behufs des Prozeßzwecks durch seine Amtsgewalt zu Hülfe zu kommen, namentlich mittelst provisorischer Verfügungen;

3. fortwährend die Legalität, Erheblichkeit und Begründung der einzelnen Handlungen zu prüfen und zwar schon ex officio, ohne die Rüge der Gegenpartei zu erwarten [3]).

4. Dazu kommt noch ein positiver Einfluß auf den Prozeßinhalt durch das sog. Fragerecht [4]).

B. Sicherung vor Gefährde.

§ 127.

1. Im Allgemeinen.

Jedes Prozeßverfahren hat ein Interesse dabei, daß nur mit dem Bewußtsein der Wahrheit und dem Glauben an das eigne Recht gestritten werde. Die stärkste Garantie, daß die Gefährde (calumnia), d. h. der Mangel jener Ueberzeugung, oder gar die arglistige Kenntniß des Unrechts, ausgeschlossen bleibt, liegt stets in dem ganzen Karakter des Prozesses. Indessen kann, auch im mündlichen Verfahren, doch noch besonderer Schutz gesucht werden.

---

stellen. Osterloh § 117; Wetzell § 30. Allein in Wahrheit hat der Richter die Zügel in der Hand. — Vgl. z. B. Renaud § 54 (gegenseitige Pflichten der Parteien).

3) Das ist eigentlich das Wichtigste, was mit am meisten die Physiognomie des Prozesses verändert. Im mündl. Verfahren nur Leitung der mündl. Verhandlung. Im schriftl. Prozeß handelt es sich an diesem Punkte darum, wie weit die Verhandlungsmaxime durchgeführt werden soll, oder nicht; und es ist eben ein Zeichen ihrer Abschwächung (§ 99, II. B), daß die neuere Praxis dem Richter immer ausgedehnter die Befugniß gibt (§ 100 III. A), alles dasjenige, was gegen das Prozessualische oder Materielle der Klage (§ 168, 3) oder irgend eine Handlung spricht, von selbst aufzugreifen. Vgl. auch § 135.

4) Unter andern Umständen würde 5) zu erwähnen sein die Befugniß, den Prozeßinhalt zu trennen und zusammenzufassen, die im mündl. Verfahren eine große Bedeutung hat (s. z. B. Han. P.O. § 109—113; Preuß. E. § 324) und selbst noch in dem terminlichen kanon. Prozeß eine Rolle spielte (s. Tancred. p. 189; Pillius p. 44), die aber in dem rein schriftlichen Prozeß fast verschwindet. Vgl. § 150. 152 ffl.

Das R. R. fand diesen ursprünglich in dem sacramentum der legis actio, einem Pfand, welches zum Nachtheil des Besiegten dem Tempel verfiel[1]); später immer häufiger darin, daß theils die Kalumnie als Delikt dem Gegner das mannigfach verschärfte judicium calumniae gewährte[2]), theils Privatstrafen (poenae temere litigantium) eintraten, deren Handhabung aber stets dem Selbstschutz der Parteien anheimgestellt war, theils durch sponsio und restipulatio ein Succumbenzgeld festgesetzt wurde[3]). Präventivmaßregeln fehlten, bis sich der Gebrauch des Kalumnieneides einbürgerte (§ 129, I). Mit ihm war der Anfang richterlich zu handhabender Maßregeln gegeben. Indem die Anwendung des Kalumnieneides in diesem Sinn sich ausbreitete, ging die actio calumniae unter[4]). Die poenae, soweit sie noch in Gebrauch waren, mußten nothwendig sich dem Karakter richterlicher Zwangsmittel zuneigen.

Vollends macht sich dieser Gesichtspunkt seit dem Kan. R. und namentlich im heutigen Recht geltend. Da die Anwendung des Succumbenzgeldes im gemeinen Prozeß unter diesem Titel höchstens noch an besonderen einzelnen Stellen (§ 130, III) vorkommt und da von den Prozeßkosten, deren Grundsätze der Erstattung allerdings auch als Mittel wider Chikane betrachtet werden können[5]), an anderem Orte die Rede sein muß, ist hier einmal von den poenae temere litgiantium und sodann von dem präventiven Kalumnieneid als denjenigen Mitteln zu handeln, mit denen der Richter der Gefährde begegnet.

---

1) Bethmann-Hollweg, Civ.Proz. I § 37; Rudorff, R.G. II S. 278.

2) Gai. IV § 178.

3) Bethmann-Hollweg, a. a. O. II S. 535 ffl.

4) § 1 Inst. de poen. tem. litig. 4, 16.

5) S. § 128, 19. Wetzell § 30, 96; und § 46, 54 ffl. bezeichnet daher die Prozeßkosten wiederholt als Succumbenzgeld. Die Sache bleibt natürlich dieselbe.

2. Insbesondere.

§ 128.

a. Poenae temere litigantium.

Martin § 39; Heffter § 275; Schmid § 69; Bayer § 93; Osterloh § 115. 121; Wetzell § 30. I; Renaud § 54.

I. Wegen temeritas litigandi, d. h. wegen böswilligen[1]) oder leichtfertigen Verhaltens im Prozeß, sei es im Angriff, oder in der Vertheidigung, welches die andere Partei beschädigt, stellt das R. R. verschiedene Strafen auf[2]). Zu erwähnen sind:

A. Lis infitiando crescit in duplum[3]) bei einer Reihe von Klagen; also eine Abmahnung vor unbegründetem Leugnen[4]).

B. Als Strafe des muthwilligen Leugnens droht ferner

1. dem mit der Eigenthumsklage Belangten die Uebertragung des Besitzes, wenn er des letzteren trotz seines Leugnens überführt wird[5]);

2. dem mit einer dinglichen Klage Belangten, wenn er das Eigenthum des klägerischen Autors bestreitet, Verlust der einredeweisen Herleitung seines eigenen Eigenthums von demselben Autor[6]);

3. dem erfolglos den Zahlungsempfang der condictio indebiti gegenüber leugnenden Verklagten die Uebertragung der Beweislast des indebitum[7]);

4. Verlust mancher andern Einreden und Rechtswohlthaten,

---

1) Die arglistige temeritas ist Chikane. Daß dieserhalb kein bes. jud. calumniae mehr existirt, s. § 129.

2) S. im Allg. tit. Inst. de poen. tem. litig. 4, 16. Größtentheils sind sie in der Kaiserzeit bereits weggefallen. Bethmann-Hollweg III. S. 232.

3) Gai. IV § 171; Paul. rec. sent. I. 19 § 1. Rudorff, R.G. II S. 280; Bethmann-Hollweg II S. 537.

4) Eine bes. Anwendung wird davon gemacht in dem Fall, wo die exc. n. n. p. gegen einen Schuldschein oder eine Quittung vorgeschützt und nun dennoch die Wahrheit der Numeration erwiesen wird; nach L. 14 Cod. de n. n. p. 4, 30; s. jedoch gegen Gneist, form. Vertr. S. 89 Wetzell § 22 Not. 36.

5) L. 80 de R. V. 6, 1. Was Wetzell Not. 8 bemerkt, erscheint nicht zutreffend.

6) Nov. 18 c. 10.

7) L. 25 pr. de prob. 22, 3.

wie competentiae, excussionis, divisionis u. dgl. für den Fall der Ueberführung trotz Leugnens [8]).

C. Umgekehrt kann füglich auch die Folge des muthwilligen liti se offerre hierher gerechnet werden [9]).

Alle diese Folgen waren gerechte Konsequenzen der Idee, daß der Prozeß die Aufforderung zur materiellen Wahrhaftigkeit in sich enthält.

II. Daß sie, in manchen Prozeßordnungen zum Theil sogar ausdrücklich wiederholt [10]), auch gemeinrechtlich noch praktisch sind, wird von der Doktrin hinsichtlich der unter I B und C bemerkten allgemein behauptet. Die Veränderung des Prozesses hat insofern darauf keinen unmittelbaren Einfluß, als es mehr materiell-civilrechtliche, als prozessualische Wirkungen sind. Allein ob sie nach dem Geiste des heutigen Prozesses, der keineswegs mehr zur materiellen Wahrhaftigkeit auffordert, noch gerecht sind, ist eine andere Frage. Ebendeshalb wird die Beschränkung zugefügt, daß die Ueberführung anders, als durch Eid geschehen muß [11]), daß Nachweis entschuldbaren Irrthums vorbehalten bleibt [12]) und daß nur auf besondern Antrag der Nachtheil realisirt werden soll [13]). Vollends aber herrscht Zweifel über die praktische Geltung der unter I A bemerkten Strafe. Die Meisten verwerfen sie [14]), wofür freilich weniger positive Gründe, als das richtige Gefühl davon spricht, daß es widersinnig ist, in einem geradezu zum Leugnen provozirenden Prozeß darum zu strafen, weil von dieser Provokation Gebrauch gemacht wird [15]).

---

8) Wetzell I Nr. 3.

9) S. § 107, 56. Nicht aber gehört die Infamie der act. famosa hieher, da sie aus der Schuld, nicht aus der prozess. temeritas hervorgeht; Bethmann-Hollweg a. a. O. II S. 538.

10) Martin, Vorl. I S. 261 Not. 8.

11) Wetzell Not. 15. — Römische Stellen, die auf der reinen Vergleichsnatur des jusj. delatum basiren, darf man nicht einmischen.

12) Wetzell Not. 16.

13) Wetzell Not. 15; selbstverständlicher Ausdruck der Verhandlungsmaxime. Renaud Not. 6—9 hält daher alle diese Strafen für unpraktisch.

14) S. auch Renaud Not. 9.

15) Das gilt sowohl von dem Leugnen der act. leg. Aquil., als von dem Bestreiten der Echtheit einer Urkunde und dem Vorschützen der exc. n. n. pec. Wetzell Not. 5—7.

III. Dagegen verfiel schon der Kan. Prozeß und die ältere deutsche Doktrin auf andere Mittel[16]), und in dem modernen Prozeß wird geradezu ein Recht des Richters anerkannt, überall die libido temere litigandi abzuwehren, also den Trieb, den das Wesen des Prozesses anregt, durch die richterliche Kontrole wieder zu dämpfen[17]). Dazu dienen direkte Ordnungsstrafen[18]); namentlich gegen die der Gerichtsaufsicht unterworfenen Advokaten, welche nach Ermessen im einzelnen Fall, und zwar sogar von Amtswegen, erkannt werden. Nicht minder dient gegen die Parteien dazu der Prozeßkostenersatz mit dem oft sehr frei von dem Gericht geschaltet wird[19]) und der, selbst davon abgesehen, schon an und für sich als eine in sichere Aussicht gestellte Folge des Unterliegens (§ 138) gegen leichtsinniges Prozessiren wirkt, wenigstens wirken kann und so andere Mittel wider Gefährde erübrigt. Ueberhaupt schließt sich der Schutz gegen solchen Mißbrauch der Prozeßführung allernächst an die Aufrechthaltung der äußeren Disziplin an[20]).

§ 129.

b. Der Kalumnieneid.

Martin § 312; Linde § 123; Heffter § 214; Schmid § 73; Bayer § 29; Osterloh § 119; Wetzell § 30 II, 1; Renaud § 55. — Dazu Endemann, Beweislehre § 107. 111; Zimmermann, der Glaubenseid 1863 S. 101. 161.

I. Der Kalumnien- oder Gefährdeeid kam im R. R. zuerst in der Weise in Gebrauch, daß der Verklagte, anstatt sich auf die Möglichkeit des judicium calumniae zu vertrösten, von vorn herein von dem Kläger einen Eid, se non calumniae causa agere,

---

16) Nachweise s. bei Gaill. obs. I, 152 nr. 7.

17) Anhaltspunkte bietet die R. P.O. von 1577 Tit. 33; J. R.A. § 119. 120.

18) Han. P.O. § 43; Renaud Not. 4.

19) Han. P.O. § 44 will geradezu Zuerkennung nach der „arglistigen" Prozeßführung; vgl. Bad. P.O. § 249. 250. — Daß auch im R. R. schon dieser Gesichtspunkt gültig, s. Bethmann-Hollweg III. S. 232.

20) S. § 53. Gegen die Parteien selbst, die, wenn sie persönlich handeln, ohnedem vom Gericht geleitet werden, kommen solche Strafen selten vor. — Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß diese Fürsorge wider die sog. temeritas den Gipfel der bureaukratischen Amtsgewalt bezeichnet.

fordern konnte [1]). Umgekehrt konnte der Verklagte, um den Folgen des lis infitiando crescit oder der sponsio im Unterliegensfall zu entgehen, durch einen Eid, se non calumniae causa inficias ire, bewirken, daß er nur auf das simplum verhaftet erschien [2]). Obwohl von Haus aus als Privatrechtsmittel gedacht, war doch zugleich die richterliche Einwirkung auf dieses Präventivmittel nahe gelegt. In der späteren Zeit erscheint das allgemeinhin auf die Gerechtigkeit der Sache gerichtete, promissorische juramentum calumniae, indem die sponsio und das judicium calumniae mit dem Verfall des auf freie Parteienthätigkeit gegründeten Prozesses untergingen [3]), bereits geradezu als ein richterliches, ex officio anzuwendendes Mittel wider die Chikane [4]).

Dem Kan. R. galt bei seinem Mißtrauen wider die Absichten der Parteien ein solcher Eid so sehr als Bedürfniß, daß es ihn zu einem essentiale processus erhob [5]). In künstlicher Weise wurde neben dem allgemeinen juramentum calumniae, das in jeder Sache post litiscontestationem abzuleisten war [6]), noch ein jur. de veritate dicenda in rebus spiritualibus und ein jur. malitiae bei besonders chikane-verdächtigen Handlungen konstruirt. Obwohl nach der Verhandlungsmaxime der Eid von den Parteien abhängig sein mußte und vielfach die Formen des juramentum delatum darauf erstreckt wurden, neigte sich doch die Doktrin immer mehr der Ansicht zu, daß die Handhabung desselben der Offizialgewalt des Richters gebühre.

---

1) Gai. IV § 176; s. über das Einzelne Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 534 ffl.; namentlich auch über den Zusammenhang mit dem sacramentum. Keller § 77.

2) Gai. IV § 172.

3) § 1 Inst. de poen. tem. lit. 4, 16.

4) L. 14 Cod. de jud. 3, 1; L. 2 Cod. h. t. 2, 59; spezielle Punkte betreffend: Nov. 49 c. 3; Nov. 124 c. 1; Nov. 90 c. 4 u. a. Bethmann-Hollweg III S. 233.

5) Ricard. Angl. p. 23; Damas. tit. 45 sqq.; Pillius III § 1; Tancred. II, 2; Durant. II, 2 de jur. calumn. u. sehr ausführlich Scacc. de jud. II c. 1.

6) Indessen doch mit Gestattung der Nachholung. S. über das Nähere, was nur noch histor. Interesse hat, Endemann § 107, 12; Wetzell Not. 15 ffl.

Das deutsche Recht nahm das jur. calumniae sowohl als generale, wie als speciale[7]) auf. Allein das erstere, welches im sächsischen Prozeß bald ganz fiel, wurde von dem J.R.A. § 43 durchaus dem Richterermessen überlassen. Dafür wurde die Anwendbarkeit des jur. cal. speciale durch Bezeichnung weiterer Gelegenheitsfälle vermehrt[8]), aber auch hier die konkrete Anwendung dem Zweckmäßigkeitsbefinden überantwortet.

In der neueren Praxis gilt das jur. cal. generale für völlig verschwunden[9]). Nur noch bei besonderem Verdacht, den einzelne Handlungen erregen, legt man ihn als jur. speciale auf. Indessen selbst diesem Reste des einst so bedeutenden Instituts ist die Stimmung nicht mehr günstig[10]). Hauptsächlich existirt der Kalumnieneid noch als sog. Bescheinigungseid, in welchem sich die Negation der Gefährde, deren Verdacht namentlich bei der Erwirkung von Verfügungen auf einseitigen Antrag nahe liegt, mit der positiven Bestärkung der Behauptung vermischt (§ 182, IV).

II. Soweit der Kalumnieneid noch praktisch ist, erfolgt

A. die Auflage auf Antrag, der jedoch nur als Anregung der Richterpflicht betrachtet werden kann, oder von Amtswegen[11]). Ueber das Bedürfniß entscheidet im Ganzen das Richterermessen. Doch gilt nach der Doktrin und mitunter nach der Praxis bei einzelnen Handlungen, wie Eidesdelation, Urkundendiffession, Schriftvergleichung, der Gefährdeeid noch für nothwendig[12]). Gänzlich befreit von der Auflage sollen Eltern und Respektspersonen sein[13]).

B. In Folge der Auflage muß der Eid geleistet werden[14]).

---

7) Wetzell Not. 34; Endemann S. 474.

8) Wetzell Not. 46.

9) Das allgemeine kanon. Mißtrauen gegen Jedermann, der prozessirt, hat also aufgehört. Bayer S. 88; Osterloh S. 288; Renaud Not. 3.

10) Vgl. § 202, 8; § 232, II C. Total abgeschafft in der Han. P.O. § 43 und vielen andern Prozeßgesetzen; Renaud Not. 10.

11) Man beruft sich dafür auf c. 2 § 2 VI h. t. 2, 4; R. D. A. von 1600 § 123. Wichtiger ist der allg. Gesichtspunkt der Richtergewalt; s. § 126, 2; vgl. Renaud Not. 5. 6.

12) Osterloh Not. 6. Wetzell Not. 37 ffl.

13) J. R. A. § 43; Schmid § 219, 17; Osterloh Not. 11. 12; Seuffert XII, 197.

14) Ueber die Annahme wird also die Partei nicht, wie bei dem Schiedseid, gefragt; aber sie kann remonstriren.

Ob stets die Partei selbst zu schwören hat, oder der Anwalt, ist noch immer sehr unklar [15]). Das Richtige ist, daß sowohl der Partei, als auch dem Anwalt, der trotz der Repräsentationstheorie (§ 83, III) nicht blose Maschine des Mandanten ist, die Versicherung chikanefreier Prozeßführung zugemuthet werden kann [16]). Nichtsdestoweniger behauptet die gemeine Doktrin, womit jedoch die Praxis häufig nicht mehr übereinstimmt, daß eine Ableistung des Kalumnieneides durch den Mandatar **für** den Mandanten zuläßig sei, wenigstens mittelst Spezialmandats [17]).

C. Die Wirkung der Eidesleistung besteht nur darin, daß die betreffende Handlung zugelassen wird. Allein die weitere Folge, daß zugleich die Behauptungen dadurch schon in gewisser Weise als wahrhaftig garantirt erscheinen, mithin für bescheinigt gelten, ist oft unvermeidlich.

Die Verweigerung macht, daß die betreffende Handlung, welche den Kalumnieneid veranlaßt hat, zurückgewiesen wird [18]), also für die Partei verloren geht [19]).

C. Sicherung der Parteienrechte.

1. Kautionen.

§ 130.

a. Arten derselben.

Martin § 310; Linde § 121; Heffter § 211; Schmid § 72; Bayer § 31; Osterloh § 117; Wetzell § 30 Not. 48 ffl.; Renaud § 56.

Zur Sicherung gewisser Parteienrechte dienen im Prozeß namentlich Kautionen, Garantieleistungen. Auch sie müssen, wäh-

---

15) Endemann a. a. O. § 126. Vgl. auch unten § 203, 9.

16) Daß im R. Proz. nur der procurator zu schwören hatte, begreift sich; er war ja dominus litis, also der eigentliche Prozeßführer. Aus diesen Stellen hätte niemals hergeleitet werden dürfen, daß der Prokurator in animum mandantis schwöre. — Ueber die sehr bedenkliche Theorie der Kanonisten, die als Regel ursprünglich den Eid des proc. in animam propriam nehmen u. erst allmählig einen Eid in animam principalis anerkannten, s. Scacc. de jud. II c. 1 nr. 173. 178 sqq.

17) Osterloh Not. 8; Renaud Not. 9; Wetzell § 25, 29; wegen c. 3 VI h. t. 3, 4; J. R. A. § 43. 117.

18) Ueber eine Ausnahme bei der juram. delatio s. § 202, 6.

19) Wetzell S. 283; Renaud Not. 10.

rend im R. R. die Kautionen und Pönalstipulationen lediglich, wenn auch unter einem gesetzlichen Zwang und vielleicht unter Anleitung des Richters vollzogen[1]), als Parteienakte erscheinen, jetzt als von den Parteien veranlaßte richterliche Maßregeln betrachtet werden.

Praktisch erwähnenswerth sind noch folgende[2]).

I. Als Kautionen des Verklagten kommen vor:

A. die cautio judicio sisti. Ursprünglich im R. R. ein außergerichtlicher Privatakt zwischen dem in jus vocans und vocatus für den Fall, daß der letztere nicht sofort vor Gericht folgen will[3]), also rein konventionelles Zwangsmittel des ersten Erscheinens vor Gericht, mußte sie ihre Bedeutung einbüßen, seit das Verfahren durch gerichtliche Zwangsvorladung eröffnet wurde. Indessen erhielt sie sich, bei Meidung der Realcitation, doch auch dem ladenden Gerichtsbeamten gegenüber[4]) als Ausdruck der Verpflichtung, im ersten Termin zu erscheinen und durch den ganzen Prozeß hin auszuhalten[5]).

Im Kan. R. wurde in gleichem Maße das Bedürfniß zu dieser Kaution gemildert, als schon das System der Rechtsnachtheile einen Zwang, zu erscheinen, auszuüben begann[6]). Man beschränkte sie also auf besondere Fälle einer contumacia oder des Fluchtverdachts[7]).

---

1) Darnach caut. conventionales und judiciales; pr. § 1 Inst. de div. stip. 3, 18.

2) Die ausführlichere Darstellung des gesammten röm. Kautionenwesens, wobei noch Vieles unaufgeklärt bleibt, ist der Rechtsgeschichte zu überlassen. So namentlich die Lehre von den stip. praetoriae. Vgl. zu Wetzell a. a. O. Rudorff, R.G. II § 73; Keller, R. C. Pr. § 56; Bethmann-Hollweg, Civ.Proz. II S. 529 u. § 119. — Ueber die satisdationes der Kanonisten s. Marant. VI memb. 8.

3) Bethmann-Hollweg das. I S. 107 (Bestellung eines vindex und der Bürgen); II S. 198 (vadimonium, wofür erst später der Name der satisdatio judicio sisti); Keller Not. 553; Rudorff II § 64.

4) Puchta, Kurs. II § 184 z. A.; Bethmann-Hollweg III S. 250; Rudorff § 65 a. E.

5) § 2 Inst. de satisd. 4, 11; Nov. 53 c. 3 § 1; in der Vollziehung bereits mit starkem Beigeschmack der gerichtl. Disziplinargewalt; s. Bethmann-Hollweg III S. 302.

6) Wetzell Not. 59. — Cf. Damas. tit. 3 pr.

7) Hinlängliche Nachweise s. bei Wetzell a. a. O.; Renaud Not. 6; Marant. VI de satisd. nr. 2; Scacc. de jud. I c. 101 nr. 56.

Im modernen Recht ist sie vollends, da der richterliche Zwang immer strenger hervortrat, höchstens[8]) noch für den Fall besonderer Fluchtverdächtigkeit aufgespart[9]). Dem wird jedoch vermöge einer gemeinen, in so umfassender Weise freilich jetzt kaum noch zu rechtfertigenden Präsumtion die Ausländerqualität des Verklagten gleichgestellt[10]). Ausdehnung auf Veränderung des Wohnortes im Inlande ist jedenfalls ungerechtfertigt[11]). Die Art der Klage macht übrigens für die Anwendbarkeit keinen Unterschied.

B. Die cautio judicatum solvi war anfangs eine Sicherheitsleistung bei actiones in rem dafür, daß dem Verklagten vorläufig der Vortheil des Besitzes überlassen wurde[12]). Bei persönlichen Klagen fand sie nur aus besonderen Gründen statt[13]); außerdem aber bei Uebernahme des judicium alieno nomine[14]). Ihr Zweck, Sicherung des Interesses des Klägers in Betreff der Kondemnation (litis aestimatio)[15]), ließ die besondere Rücksicht auf die actiones in rem immer mehr hinwegfallen und machte sie auf alle Klagen anwendbar; aber andererseits auch nicht mehr unbedingt[16]), sondern nur im Falle der Gefahr.

In dieser Stellung eines Sicherheitsmittels gegen die Gefahr der Exekutionsvereitelung aber wurde sie im Kan. R. durch eine Reihe dort in Uebung gekommener schärferer Mittel, des Arrestes, der Sequestration u. dgl. in den Hintergrund gedrängt[17]). Erst

---

8) Partikularrechtlich ist sie ganz beseitigt; Renaud Not. 9.

9) Wetzell a. a. O. Osterloh Not. 14; Martin, Vorl. II S. 457. — Ueber den Einfluß von Grundbesitz s. § 131, II.

10) Wegen der Unterstellung, daß gegen den Ausländer die Rechtsverfolgung im Auslande schwierig, wo nicht unmöglich, mithin zu unterstellen sei, daß er sich der Sistirung anderswo entziehen werde. Vgl. § 133, 11.

11) Bayer § 32 Nr. 1; man will auch darin eine „Erschwerung" der Citation erblicken.

12) Bethmann-Hollweg II S. 530.

13) Bethmann-Hollweg das. S. 531; Rudorff II S. 243.

14) Das. S. 532.

15) Daß sie bei Klagen auf Immobilien ausgeschlossen, ist aus L. 7 § 2 qui satisd. cog. 2, 8 nicht zu folgern. Allerdings wurde die cautio, seit sich die Exekution unmittelbar auf die Sache selbst richtete, bei Immobilienklagen überflüssig. — Die Kaution des Nunciaten (Wetzell Not. 56) gehört nicht hierher.

16) § 2 Inst. de satisd. 4, 11; Bethmann-Hollweg III S. 261.

17) Daher sie nur noch wenig erwähnt wird und in der allg. cautio

im modernen Prozeß ist sie wieder mehr aufgenommen und als mildere Maßregel im Vergleich zu Arrestanlegung, bzw. als Mittel zu deren Relaxation, empfohlen worden [18]). In diesem Sinn zur Sicherung überall, wo Gefahr droht, daß die Exekution vereitelt werden möge, worüber nur das konkrete Ermessen entscheiden kann, reiht sie sich an die cautio judicio sisti, welche die Defension sichert, unmittelbar an [19]).

II. Kautionen des Klägers gab es im R. R. ursprünglich gar nicht.

A. Die cautio pro expensis hat ihre Anfänge darin, daß Justinian den Kläger verpflichtete, wie für den Fall des Nichtbetriebs der Klage, so für den Fall des Unterliegens dem Verklagten zu vollem, bzw. sogar doppeltem Kostenersatz zu haften [20]). Indessen galt dieselbe schon in der mittelalterlichen Doktrin für antiquirt [21]). Erst später trat die Rücksicht auf den Verklagten wieder hervor, welcher zumal nach dem neueren Prozeßkostenwesen mancherlei Auslagen haben konnte. Zunächst sollte der Kläger wegen der Kosten, in die er möglicherweise kondemnirt werden mochte, kaviren, wenn er Ausländer war [22]). Allein man dehnt dies mitunter auf jeden auch inländischen Kläger, der nicht im Inlande mit Grundeigenthum angesessen, oder auf alle Fälle aus, wo der Verklagte Gefahr läuft, um den Kostenersatz zu kommen [23]), und zwar so,

---

rei, quod usque ad finem litis permanebit, aufgeht. Tancred. II 15 § 1; Durant. II, 1 de satisd. § 2; Marant. VI l. c. nr. 11 kennt sie nur noch für die defensio nomine alieno (cf. Ricard. Angl. p. 15).

18) Wetzell Not. 60. — Satisdatio medicina sequestri et arresti; Scacc. I c. 38 nr. 30.

19) Wetzell Not. 62; Renaud Not. 11 ffl. und über partik. Beschränkungen Not. 14.

20) Rudorff II S. 140 Not. 1; Wetzell Not. 64; Nov. 96 c. l. 112 c. 2; s. im Näheren Bethmann-Hollweg III S. 247.

21) S. die Nachweise bei Wetzell Not. 65; Renaud Not. 65; wie alle Kautionen des Klägers, cf. Tancred. II 14 i. f.

22) R. K.G.O. von 1555 III 49 § 8. — Auf diesen Fall beschränken neuere Gesetze die Kaution in der Regel. Lüb. P.O. § 35; Han. P.O. § 54; Bad. P.O. § 178; Bair. E. Art. 104; D. E. § 78; Preuß. E. § 133. 134.

23) Martin, Vorl. II S. 435; Renaud Not. 19; ähnlich in England s. Rüttimann § 245. Oder es muß sogar jeder Kläger, der nicht grundangesessen, pro exp. kaviren. Wetzell Not. 67 a. E.

daß das Gericht den zur Sicherung erforderlich scheinenden Betrag zu bestimmen hat[24]). Die Veranlassung oder Beschaffenheit der Klage macht für die Verbindlichkeit des Klägers in der Regel keinen Unterschied[25]).

B. Cautio pro reconventione. Da die Widerklage durchaus den Karakter einer selbstständigen Gegenklage hat (§ 175), sind von der Doktrin die dem Verklagten obliegenden Kautionen judicio sisti und judicatum solvi unter denselben Bedingungen, also wenn Gefahr droht, auf den Kläger-Widerverklagten erstreckt worden[26]).

C. Die cautio de lite prosequenda, durch das Kan. R.[27]) für den Fall eingeführt, daß der ungehorsam gewordene Kläger von Neuem anruft. Indessen ist sie wenig praktisch, indem es schon als genügende Sicherung gegen Liegenlassen der Sache erscheint, daß der contumax jedenfalls die Kosten zu tragen hat[28]); oder man legt sie nur noch bei besonderer Besorgniß des Hinhaltens auf[29]).

D. Die cautio pro restituendo zur Sicherung des Verklagten, der auf das von ihm vorläufig herauszugebende Objekt Nachklage anstellen will (§ 175, V a. E.), ist in diesem Sinne keine prozessualische Kaution[30]). Ebensowenig die cautio defensum iri, die Legatenkaution u. dgl. Eher gehört hierher

III. das Succumbenzgeld, welches nach R. R. bei Appellationen[31]), nach deutschem auch bei Revisionen[32]), zur Sicherung

---

24) Renaud Not. 17. Eine Konsequenz davon ist Kautionsfreiheit, wenn „von vorn herein ersichtlich", daß der Kläger nicht in die Kosten verfällt werden kann; das. Not. 23.

25) S. über Prorogation, Armenrecht, Wechselklage, Exekutivprozeß Renaud Not. 20—22. Die Partikularrechte weichen darin sehr ab.

26) Wetzell Not. 67; s. dagegen Renaud Not. 33, der derselben nur den Sinn zugesteht, daß sich der Widerverklagte dem for. reconvent. nicht entziehen will. — Auch sie ist oft abgeschafft; das. Not. 37.

27) c. 1 VI de dolo 2, 6; vgl. § 104, 9.

28) Martin I S. 436 Nr. 2; Renaud S. 129. Vgl. § 124, I A.

29) Partikul. oft ganz aufgehoben; Renaud Not. 40.

30) Nov. 119 c. 5; c. 6 X. de i. i. r. 1, 41; J R.A. § 107. 124.

31) Rudorff, R.G. I S. 128, 2; II S. 285; Bethmann-Hollweg, C.-Pr. II § 160, 40, bes. auch über L. 6 Cod. de app. 7. 62.

32) J.R.A. § 126.

wegen der Kosten der Rechtsmittelinstanz, also als cautio pro expensis, eingelegt wird. Doch kam auch dieses Succumbenzgeld vielfach in Vergessenheit, da es gegen das temere appellare andere Mittel gab und die cautio pro expensis in jeder Prozeßlage gefordert werden konnte [33]).

§ 131.

b. Verfahren und Bestellung.

S. die Citate des vorigen §.

I. Was das Verfahren betrifft, so wird

A. in der Regel zufolge der Verhandlungsmaxime deshalbiger Antrag unter Darlegung des Grundes vorausgesetzt [1]). Indessen wird nicht selten, wie bei der cautio de lite prosequenda, pro expensis, die Auflage sogar von Amtswegen verfügt. Der Antrag erscheint entweder als Einrede gegen die Pflicht der Einlassung [2]), oder als besonderes Gesuch. Daraufhin wird entweder pari passu mit dem sonstigen Prozeßvorbringen oder in einem eigenen Inzidentverfahren, wo möglich summarisch, verfahren und förmlich entschieden. In der Praxis wird jedoch oft sofort auf einseitigen Antrag die Kaution aufgelegt [3]).

B. Der Richter erkennt nach Maßgabe der Verhandlungen über die Nothwendigkeit der Kaution und nach Ermessen über deren Höhe [4]). Vermehrung oder Verminderung findet statt je nach dem dargelegten Interesse der Partei.

---

33) Vgl. jedoch darüber § 232, II C.

1) Schmid Not. 18 ffl.; Bayer § 36; Osterloh Not. 19. — Han. P.O. § 57 ffl.; Bad. P.O. § 179. 180; Bair. E. Art. 105; D. E. § 50; Preuß. E. § 135 ffl.

2) So bes. exc. deficientis cautionis pro exp. u. s. w. Brunnem. c. 8 nr. 1; bei Meidung des Verzichtes (nach der Verhandlungsmaxime) Renaud § 56, 25. Ob der access. Intervenient die caut. pro exp. fordern könne, s. das. Not. 26. Diese dilatorische Einrede verbindet sich mit der (eventuellen) Litiskontestation; s. jedoch über partik. Abweichungen Renaud § 57, 15. Im Uebrigen kann der Antrag, wenn erst später Gefahr entsteht, natürlich auch nach der Litiskont. gestellt werden, in jedem Stadium des Prozesses. Ebenso der Antrag auf Erhöhung.

3) Osterloh Not. 21.

4) Schmid Not. 22. — Lüb. P.O. § 37; Han. P.O. § 55; Bad. P.O. § 180. 181; D. E. § 76; Bair. E. Art. 105.

C. Die auferlegte Kaution muß gemacht werden, sofern nicht die Auflage, wenn zweiseitig erkannt, durch Rechtsmittel[5]), sonst durch einfache Beschwerde oder Remonstration beseitigt wird. Für den Fall der Nichtbefolgung tritt Sistirung des Prozesses, bzw. Versagung des Gehörs[6]), oder Vorschreiten mit andern Zwangsmaßregeln, wie Geldstrafe, Real- oder Personalarrest[7]), ein. Fällt der Grund hinweg, so muß die Kaution zurückgezogen werden[8]).

II. Da die Kaution nur den Zweck der Sicherstellung hat, so befreit allgemeinhin von der Kautionspflicht im Gerichtsbezirk, oder nach neueren Rechten im Inlande[9]) gelegener Grundbesitz, der ein bleibendes und stets greifbares Objekt der Befriedigung bildet[10]). Freilich widerspricht es diesem inneren Grunde, daß nach der gewöhnlichen Meinung auf den Werth Nichts ankommt[11]). Wirklichem Grundbesitz werden nicht nur dingliche Immobilienrechte, sondern auch sog. quasi-dingliche Rechte, Renten, Besoldungen und feste Bezüge gleichgestellt[12]), jedoch immer nur vorbehaltlich der konkreten Erwägung, ob darin genügende Sicherheit gelegen ist. Dem Fiskus, Gemeinden, Stiftungen und Korporationen, die einen stetigen Karakter haben und nicht fliehen können, auch in der Regel für zahlfähig gelten müssen, Kautionen abzuverlangen, ist kein Grund[13]).

III. Bestellt wurde die Kaution nach R. R. regelmäßig durch Verbalobligation (Stipulation), später auch durch einfaches Ver-

---

5) Mitunter beschränkt; Renaud Not. 14.

6) Die aber nur da am Platze, wo die ungehorsame Partei (also bes. der Kläger) den Fortgang will. — Wetzell S. 292.

7) L. 7 § 2 qui satisd. 2, 8; Wetzell a. a. O. Vgl. § 121, 14. 26.

8) Osterloh S. 280.

9) S. darüber Renaud § 57, 7.

10) L. 15 pr. qui satisd. cog. 2, 8; L. 26 § 6 de ep. aud. 1, 4; Durant. II, 1 de satisd. § 2; Marant. spec. VI de satisd. nr. 3. Sachsensp. II, 5; Bayer § 35; Windscheid, Pand. § 134, 5; Renaud S. 130.

11) Schmid § 72; oft auch nicht auf die hypoth. Schulden; s. jedoch über partik. Abweichungen Renaud Not. 11.

12) Renaud Not. 8. 9.

13) Cf. L. 1 § 18 L. 6 § 1 ut legat. 36, 3. Oder man behalf sich mit blosem Kautionsversprechen; Renaud Not. 5.

sprechen[14]), mit oder ohne Bürgen[15]), sowie durch juratorische Versicherung[16]). Daneben kam auch Pfandhingabe und Deposition vor[17]). Seit dem Kan. R. dagegen ist die Pfandbestellung oder Deposition das einfachere und gebräuchlichste Mittel[18]). Da diese aber nicht immer nothwendig, so existirt daneben eine cautio verbalis durch bloses Versprechen der kautionspflichtigen Partei selbst, als einfaches, oder durch Eid bestärktes (c. juratoria), welches letztere namentlich da als Ersatz gilt, wo Bürgen oder Pfänder nicht zu beschaffen[19]), und realis durch Pfand oder Bürgen, jetzt vornehmlich durch Hinterlegung von baarem Geld oder geldähnlichen Werthpapieren[20]). Realkaution durch Ergreifung der Person der Partei selbst oder der Bürgen (obstagium) ist dem modernen Recht fremd[21]). Die nach heutigen Begriffen natürliche Stufenleiter ist:

1. wo möglich Pfandhingabe oder Deposition von Geld oder Werthpapieren, sodann von andern Mobilien, oder Bestellung einer Hypothek an Immobilien der Partei;

2. demnächst Bürgschaftsbestellung durch Andere;

3. Verbalkaution, allenfalls mit juratorischer Bestärkung der Partei, oder in irgend einer andern bestärkenden Form[22]).

IV. Die Realisirung der Kaution für den Fall des Be-

---

14) § 2 Inst. h. t. 4, 11.

15) Bethmann-Hollweg II S. 527; III S. 250.

16) So als Privileg der illustres, L.17 Cod. de dignit. 12, 1 u. dgl. Osterloh Not. 6; Bayer § 35 Nr. c.

17) cautio pigneraticia; L. 1 § 9 de coll. 37, 6; L. 4 § 8 de fideic. lib. 40, 5, jedoch nur als Ausnahme.

18) S. die zahlreichen Nachweise bei Wetzell Not. 69 u. Renaud § 57, 2. Ueber den Grund, der in denselben Ideen liegt, welche die Spezialexekution herbeiführten, s. § 252.

19) Renaud Not. 12.

20) Windscheid a. a. O. — Lüb. P.O. § 38; Han. § 56; D. E. § 76; Bad. P.O. § 184; Bair. E. 108; Preuß. E. § 139 ffl.

21) Damit ist der oben Not. 6 erwähnte Zwang nicht zu verwechseln.

22) Dahin gehört namentlich die gleichsam eine Literalkaution zu begründen geeignete, von den Prozessualissen aber kaum erwähnte Wechselform. — Vgl. Han. P.O. § 56; Old. P.O. Art.79; indessen stellen andere, wie Bad. u. Lüb. P.O. a. a. O., die Bürgen vor die Pfänder.

dürfnisses[23]) richtet sich nach der Art der Bestellung. Derjenige, zu dessen Gunsten sie bestellt wurde, macht die Rechte aus der Bürgschaft oder Pfandbestellung geltend. Indessen herrscht bei der Stellung, welche das Gericht zu dem Kautionswesen einnimmt, leicht die Neigung, anstatt die Geltendmachung den gewöhnlichen Privatrechtsmitteln zu überlassen, unmittelbarer im Wege der Exekution einzugreifen[24]). Bei Deposition oder Retention, welche zunächst nur einen indirekten und präventiven Druck ausüben sollen, handelt es sich eventuell um die daraus entspringenden Rechte. Bruch der Verbalkaution, zumal der eidlichen, führt zu weiteren Zwangsmaßregeln, wo nicht zu strafrechtlicher Ahndung.

2. Provisorische Verfügungen.

§ 132.

a. Im Allgemeinen.

Martin, § 313; Linde § 334; Heffter § 487; Schmid § 197; Osterloh § 120; Wetzell § 30.

Das Mittel der Kautionen, wenn auch deren Handhabung von der Richtergewalt erwartet wird, ist dem modernen Prozeß nicht direkt genug. Fälle, in denen zur Sicherung der Parteien noch andere Maßregeln nothwendig wurden, gab es zu jeder Zeit. Im R. R. sind dahin die stipulationes praetoriae und missiones in possessionem zu zählen[1]). Allein während diese jetzt theils ganz außer Gebrauch, theils beschränkt und modifizirt erscheinen, hat sich neuerdings dem Grundzuge des Prozesses entsprechend immermehr der Satz festgestellt, daß überhaupt zum Zwecke der Sicherung der Parteienrechte, insbesondere der Exekution, der Richter unmittelbar eingreifen, sogar mit einer vorläufigen Exekution beginnen darf[2]).

---

23) Jede Kaution ist insofern ein bedingtes Verhältniß, als erst der Fall eintreten muß, für den sie bestellt ist, um von ihrer Realisirung zu reden.

24) Die Kaution wird „eingezogen"; so zumal, wenn sie in Geldpapieren u. dgl. besteht. Hier kommt auch die erleichterte Realisirung des Pfandes oder Depot's nach Handelsrecht in Betracht.

1) Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II § 119 ffl.

2) S. auch Han. P.O. § 519; Bair. E. Art. 625 ffl.; D. E. § 540.

So kann der Richter

1. im possessorischen Streit, selbst noch neben dem sog. possessorium summariissimum, Manutenenzdekrete zur Aufrechthaltung des augenblicklichen Besitzstandes,

2. decreta de non amplius turbando mit Kautionsauflage oder Strafandrohung gegen Attentate oder Innovationen in der Rechtsmittelinstanz, oder auch sonst zum Schutze des bisherigen Zustandes, sowie zur Sicherung der Exekution erlassen. Es soll

3. eine allgemeine Befugniß des Gerichts existiren, kraft der Administrativgewalt auf geeignete Gründe hin provisorische Verfügungen zu ertheilen [3]). Hierher gehört ferner namentlich

4. die Arrestanlage und

5. die Sequestration, wovon im Folgenden näher zu handeln ist.

Alle solche Verfügungen, welche nach dieser Seite hin die privatrechtliche Hülfe gänzlich unterdrückt haben, sind provisorischer Art, d. h. auf Gegenvorstellung, Beseitigung ihrer Ursache u. dgl., nach Ermessen durch dieselbe Gerichtsgewalt wieder aufzuheben [4]), von und kraft welcher sie verfügt worden sind. Auch hier wieder geht die Anregung häufig oder meistens nach der Verhandlungsmaxime von den Parteien aus, wenn gleich Vorschreiten ex officio in manchen Fällen nicht ausgeschlossen erscheint; allein, sei die Initiative, welche sie wolle, stets sind alle solche Dekreturen Aeußerungen der Gerichtsgewalt und der Richterthätigkeit.

b. Insbesondere.

§ 133.

aa. Arrestanlage.

S. dazu die Citate § 63. Wetzell § 30 Not. 72 ffl.; Bayer, summ. Proz. § 19 ffl.

Arrest ist die gerichtliche Beschlagnahme der Person oder von

---

3) Man beruft sich dafür gern auf R.K.G.O. von 1555 II 21 § 3. — „Vorsichtsverfügungen" s. Bair. E. Art. 570.

4) Selbst wenn der Arrest im Arrestprozesse „definitiv" bestätigt ist, dient er doch nur dem Zweck der Sicherung, hört also auf, wenn die Sicherung unnöthig wird.

Sachen des Schuldners, welche entweder zum Zwecke der Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils (§ 253), namentlich an der Person, oder an Vermögensstücken (§ 258) des Schuldners, oder zur vorläufigen Sicherung demnächstiger Exekution, bzw. als Zwang zur Bestellung einer Kaution, stattfindet.

Das R. R. kennt dergleichen zu letzterem Zwecke durchaus nicht[1]). Zur Sicherung der in jus vocatio[2]) oder der künftigen Kondemnation dienten ganz andere Mittel, cautiones und missio in possessionem[3]). Allerdings kommt eine Ergreifung und Gefangenhaltung der Person als sog. Realcitation vor (§ 121, 14[a]; § 131, 7); jedoch nur zu dem Zweck, um den Verklagten zur Bestellung der Kaution, bzw. zum Eingehen auf den Rechtsstreit zu nöthigen; ein Mittel, welches durch das neuere Kontumazialsystem für diesen Zweck überflüssig wird (§ 125). Sonst dient die Kaptur der Person wohl zur Exekution einer Verurtheilung (§ 252), nicht aber als Sicherungsmaßregel. Beschlagnahme einer einzelnen Sache kann man als vorläufige Maßregel dort nicht suchen, wo sie nicht einmal der Exekution halber existirte. Gerade das Gegentheil des heutigen Arrestes war den Römern von jeher wohlbekannt, die aus dem Vertragswillen der Betheiligten hervorgehende Bestellung einer Realkaution, fiducia u. dgl.[4]); nicht aber ein Ergreifen einzelner Vermögensstücke kraft der Richtergewalt, am wenigsten behufs präventiver Sicherung.

Im altdeutschen Recht findet sich wohl ein Privatrecht der Selbstpfändung (§ 252, III), nicht aber ein Recht des Gerichtes zu Arrestanlagen, und das mittelalterliche romanische Recht folgte sowohl behufs der coercitio contumaciae (§ 122, II), wie

---

1) Auch die in L. 10 § 16 quae in fraud. 42, 8 erwähnte Selbsthülfe ist nicht hierher zu beziehen. Vgl. Muther, über Sequestr. u. Arrest S. 344 Not. 1.

2) S. § 116, I. Rudorff, R.G. II § 63. 64.

3) Diese letztere kann ihrer Form nach, selbst wenn sie auf ein einzelnes Objekt ging, wie in domum nach der Denunziation der cautio damni infecti. — Wetzell § 41, 55 ffl. —, nicht als Arrest bezeichnet werden, obwohl man zugeben wird, daß sie sachlich nahe angrenzt. Auch daß das spätere R. R. annimmt, daß gegen die Sache (in rem actio) am Orte ihres Aufenthalts geklagt werden kann (s. § 60, I), deutet auf den Gesichtspunkt des Arrestes.

4) Muther S. 369 u. S. 197.

behufs der Sicherung demnächstiger Exekution, eine Rücksicht, die allerdings in demselben Grade wichtiger und häufiger sich geltend machte, als der Zeitraum bis zur Beendigung des Prozesses und der Exekution sich hinausschob, ganz den römischen Quellen.

Arrest, als Beschlagnahme des Gerichts und unter diesem Namen[5]), tauchte erst später auf und verbreitete sich in allen Ländern, seitdem die Idee der Richtergewalt bei Handhabung des Prozesses immer mehr in den Vordergrund trat[6]).

Es schien darnach zulässig, in Folge besonderer Konvention, wenn der Gegner ausdrücklich oder stillschweigend einer solchen Maßregel sich unterworfen hatte[7]), sodann aber auch ohne solche auf Grund besonderer Gefahr sowohl Personalkaptur, als auch missio in possessionem, und zwar als Spezialeinsatz in einzelne Sachen[8]), zu gewähren. Aus diesen Anfängen aber, die sich zunächst nahe genug an die frühere missio in bona anschloß, entwickelte sich immer breiter die Vorstellung, daß überhaupt das Gericht, auf den Nachweis des Bedürfnisses hin[9]), die Sache oder die Person des Schuldners ergreifen könne. Auf den Zusammenhang mit dem territorialen Prinzip der Gerichtsbarkeit ist schon an anderer Stelle aufmerksam gemacht worden (§ 45).

Der Arrest in diesem Sinne, bestätigt durch R.-Ges.[10]), ist Ausfluß der Gerichtsgewalt, welche befugt gilt, sogar auf einseitigen Antrag hin in ihrem Sprengel behufs der Sicherung des Berechtigten nach der heutigen Anschauung zunächst Sachen, im

---

5) Gaill., de arrest. c. 1 nr. 1; sequestrum, saximentum, arrestum, Kummer, sind bei Scacc. de jud. I c. 38 nr. 1 nur Namen für dieselbe Sache.

6) Dies erhellt zur Genüge aus dem eben citirten tractatus von Gaill., der Hauptschrift der ält. Literatur. S. dazu Mevius, de arrest. Leyser, specim. 244 sqq. Claproth, summ. Proz. S. 133 ffl.

7) Ganz nach Analogie der Exekutivurkunden, wovon in der Lehre vom Exekutivprozeß.

8) Da jetzt überhaupt Spezialexekution bestand.

9) Keineswegs blos zum Behufe der Realcitation, von der auch Gaill. l. c. c. 1 nr. 15 noch ausgeht.

10) Dep.-A. von 1600 § 48; damit ist denn die Idee der Selbsthülfe völlig untergegangen. Gerade daß nur das Gericht arretiren kann, ist das Wesentliche; Bayer a. a. O. § 24, 9.

Nothfall aber auch (s. § 253) die Person des Verpflichteten in Beschlag zu nehmen. Neben der Langwierigkeit des Prozeßgangs machten die Schwierigkeiten der Justiz gegen Ausländer, wie auch die Angehörigen der verschiedenen deutschen Staaten angesehen wurden, die Maßregel unentbehrlich und erklären deren sichtliche Ausdehnung [11]). Eben deßhalb hat sich aus den entgegengesetzten Gründen in jüngster Zeit der Gebrauch verhältnißmäßig wieder vermindern müssen.

Arrest als Sicherungsmaßregel kann sowohl im Laufe eines anhängigen Prozesses, als auch vor Anhängigmachung, bzw. als Beginn des Prozesses vorkommen [12]). Von den Voraussetzungen und dem Verfahren muß unten in dem Abschnitt des Arrestprozesses gehandelt werden. Die Arresterwirkung und Anlegung bildet eben innerhalb des ordentlichen Prozesses einen eigenen Inzidentpunkt.

Dem Gegenstande nach, jenachdem er die Person oder die Sache ergreift, unterscheidet man Personal- und Realarrest.

§ 134.

bb. Sequestration.

Schmid § 198; Wetzell § 30 Not. 74 ffl.

In ähnlicher Weise, wie der Arrest, tritt die Sequestration theils als Mittel der Exekution, theils als provisorische Maßregel zum Zwecke vorläufiger Sicherung auf [1]). Darunter versteht man die, an die Arrestanlage allernächst anschließende, Verfügung, wonach namentlich fruchttragende Sachen, insonderheit Immobilien, einem Dritten behufs der Verwahrung und Fruchtbeziehung überantwortet werden. Daß von einer solchen Maßregel, die in vielen Fällen sehr natürlich ist, schon bei den Römern Gebrauch

---

11) In England allgemeinstes Recht auf Verhaftsbefehl (capias) in Sachen über 20 Pfd. Sterl. u. probable case, sowie Fluchtverdacht, mit Relaxation gegen Bürgschaft. Rüttimann § 184 ffl.; Gneist, Selfgov. I S. 523.

12) Ueber die Kompetenz s. § 63.

1) Nur in der ersteren Richtung wird sie von Osterloh § 235 u. A. erwähnt.

gemacht wurde, ist vielfältig bezeugt[2]). Sie hat sich durch das Kan. R.[3]) hindurch für uns praktisch erhalten[4]) und wo möglich noch ausgedehnt.

Der Richter kann darnach aus geeigneten Gründen die Sache, welche selbst, oder deren Früchte den Gegenstand des Streites bilden, oder auch andere Sachen[5]), in ähnlicher Weise sogar eine Person[6]), entweder in gerichtliche Verwahrung, oder eine unter gerichtlicher Leitung auszuübende Administration nehmen, oder letztere einem eigentlichen Sequester übertragen. Eine besondere Anwendung findet die Sequestration allenfalls im Besitzprozeß[7]) zur Abwendung von Attentaten, obgleich dort noch andere Mittel zu Gebote stehen.

Wer die Kosten der Sequestration zu tragen hat[8]), ist konkrete Frage[9]).

§ 135.

D. Fortlaufende Prüfung der Parteienhandlungen.

Martin in § 110; Osterloh § 91; Wetzell § 45; Renaud § 150.

I. Unter diesem Titel (§ 126 Nr. 3) hat der Richter

---

2) S. darüber die höchst ausführliche Schrift von Muther, Sequestration u. Arrest. Vgl. z. B. L 21 § 3 de app. 49, 1. Man lernt daraus so viel, daß, wie von vornherein begreiflich, nach Ermessen, ohne ängstliche Bindung an eine abstrakte Regel, geschweige denn nach einem abstrakten System, wie es Neuere hineintragen, damit verfahren wurde.

3) c. 1—3 X. de sequestr. possess. 2, 17; c. un. Clem. eod. tit. 2, 6.

4) Jedoch nicht ohne theoretische Anfechtung; Scacc. de jud. I c. 38 nr. 4; Gaill. I obs. 148 nr. 1.

5) Muther § 77 ffl. Daß die Sequestration nichtstreitiger Sachen u. Personen allernächst an den Arrest anstößt, erhellt von selbst, sowie aus Scacc. l. c. u. Gaill. tr. de arrest.

6) Z. B. des Kindes oder der Mutter. L. 3 § 4—6 de lib. exhib. 43, 30; L. 1 pr. de inspic. ventre 25, 4; Muther S. 213 ffl.; c. 8 X de rest. spol. 2, 13.

7) S. davon im summar. Proz. — Wetzell Not. 78 ffl.

8) Schmid a. a. O. Not. 7.

9) Ueber die Art des (abgeleiteten) Besitzes des Sequesters s. Vangerow, Pand. § 200 Anm. 1 Nr. 2 d.

A. bei jeder Eingabe oder jedem Antrag zunächst die Kompetenz und Fähigkeit (Inhabilität oder Rekusabilität) seiner selbst, die Prozeßfähigkeit der Partei und die Legitimation ihres etwaigen Vertreters,

B. sodann die äußeren Formerfordernisse der mündlichen und schriftlichen Anträge, Stempel, Schrift und Papier, Schreibweise, Vollständigkeit, Beifügung der Duplikate und Anlagen, Kurialien u. s. w.,

C. weiter aber auch die materielle Zulässigkeit, Erheblichkeit und Begründung des Inhalts und darnach die Rechtfertigung der gestellten Bitte in der Weise zu prüfen, daß er alles Undienliche und Unbegründete abwehrt [1]). Daran schließt sich denn unmittelbar die im folgenden § zu erwähnende Thätigkeit an.

II. Diese Art der Prozeßleitung, welche ursprünglich im R. R. keine Analogie hat [2]), war erst angebahnt, seit sich die Schriftlichkeit und damit die Trennung der Parteienhandlungen feststellte [3]). Im Ganzen erwartete man freilich lieber Rüge des betreffenden Mangels durch exceptio des andern Theils [4]). Noch heute erscheint die wesentlich auf Prüfung von Amtswegen beruhende materielle Prozeßleitung schwach, wo strenger die Verhandlungsmaxime aufrecht erhalten wird. Wo aber umgekehrt die Verhandlungsmaxime abgeschwächt worden ist, und demgemäß der Richter ex officio auf alle jene Punkte achtet (§ 100, III A.), wird der Einfluß der fortwährenden Prüfung aller einzelnen Handlungen so bedeutend, daß die Grenze der Prozeßleitung und der Kognition in einander fließt. Die materielle Prozeßleitung wird alsdann zu einer perpetuirlichen Kognition über die äußerliche

---

1) Martin, Vorl. I S. 393, nennt das „negative" Prozeßleitung; so auch Renaud § 150.

2) Im mündlichen Prozeß ist sie nicht möglich. Das actionem denegare erfolgt auf zweiseitige Verhandlung als wirkliches Erkenntniß. Bethmann-Hollweg II S. 212.

3) Anfänge schon im spät. R. R. bei einseitiger Prüfung des Klaglibells, s. Bethmann-Hollweg III § 152, 3; immer ausführlicher dann im Kan. Proz.

4) S. dag. c. 12 X de exc. 2. 25; Grat. II 3 § 4; Tancred. IV 3 § 3.

und innere Legalität, Relevanz und Begründung eines jeden schriftlich-einseitig vorgelegten Parteienaktes und die Endsentenz zum Schlußresultat von lauter Einzelkognitionen[5]).

Bei dem Schwanken der Offizial- und Verhandlungsmaxime, welche erstere, wenn übertrieben, allerdings zu einem unerträglichen Richterabsolutismus führen kann, während der Formalismus der reinen Verhandlungsmaxime, die Alles und Jedes einstweilen passiren läßt, durch die Aussicht auf nutzlose und kostspielige Weiterungen abschreckt, greift man wohl nach dem überaus unsichern Unterschied von äußerlich erkennbaren und materiellen Mängeln. Wie weit der Richter gehen soll und darf, läßt sich überhaupt abstrakt nicht definiren, sondern hängt nothwendig von der partikular sehr verschiedenen Stimmung bezüglich der der Offizialrichterpflicht zu gebenden Ausdehnung ab. Je mehr die Ueberzeugung herrscht, daß der Richter den Prozeß dirigirt, und je mehr die praktische Erwägung zu empfehlen scheint, um der Abkürzung und Vereinfachung willen unnütze und ungenügende Parteienhandlungen sofort in limine abzuthun, desto mehr breitet sich die gedachte Prüfung aus.

III. Die Wirkungen äußern sich darin, daß

A. Zurückweisung der betreffenden Handlung a limine erfolgen kann; und zwar trifft die Zurückweisung

1. wegen äußerer formaler Mängel jederlei Handlungen ohne Rücksicht auf den Inhalt, der streng genommen in solchem Falle überhaupt nicht in Betracht kommt[6]).

2. Materielle Mängel geben nur bei Angriffshandlungen Grund zur sofortigen Abweisung. Bei Vertheidigungshandlungen decken die Kontumazialnachtheile jeden derartigen Mangel (§ 124, I A. 2).

Die Zurückweisung, welche, in diesem Umfange ex officio vorgenommen, die exceptio erspart oder zu einer blosen Anregung

---

5) Vgl. hierzu § 98. 109, IV. Im mündlichen Prozeß muß sich das nothwendig ganz anders gestalten.

6) Indessen ist es häufig sehr rationell, doch zugleich auch den Inhalt zu berücksichtigen. — So bei Formwidrigkeit der Klage oder einer andern Schrift, bei Mangel der Darlegung von Fristenwahrung oder Erwachsenheit der Appellation, bei fehlender Prozeßkostenkaution u. dgl.

des richterlichen Offiziums herabdrückt[7]), kann dem Umfange nach eine gänzliche oder theilweise sein. Anstatt der direkten Zurückweisung aber wird vielfach auch die konniventere Form einer Vorauflage, welche die Verbesserung des Mangels anbefiehlt, gewählt.

Gegen die Zurückweisung findet Remonstration und Beschwerde statt[8]).

B. Liegt kein Mangel vor, so verfügt der Richter das nach Lage des Prozesses Geeignete, entweder durch einseitige Verfügung, wie auf Arrest-Restitutionsgesuche u. dgl., oder durch Bescheid. Gegen die einseitige Zulassung der Handlung aber bleibt dem Gegner jederzeit das Recht der Gegenvorstellung oder Einrede.

§ 136.

E. Einfluß des Richters auf die Bildung des Prozeßinhaltes. Frage- und Ergänzungsrecht.

Schon in demjenigen, was der vorige § darzustellen hatte, liegt zugleich ein großer Einfluß des Richters auf den Inhalt des Prozesses, insofern es darnach von seiner Prüfung abhängt, ob die einzelne Handlung Bestandtheil desselben werden soll, oder nicht. Eine noch unmittelbarere Einwirkung aber bezeichnet, abgesehen von der den Gerichten beigemessenen Offizialbefugniß, die vergleichsweise Erledigung zu fördern (§ 106, IV), das sog. richterliche Fragerecht[1]). Feststeht im gemeinen Prozeß, daß der Richter, und nicht die Parteien, die Auskunftspersonen zu vernehmen und solchergestalt positiv zu der Bildung des Akteninhalts beizutragen hat (§ 213). Aber auch den Parteien gegenüber wird,

---

7) So wenn die Prüfung der Schlüssigkeit, der rechtlichen und faktischen Begründetheit der Klage, die Berücksichtigung des in der Klage enthaltenen Einredestoffs, der Zeugenunfähigkeiten, Urkundenfehler u. s. w., schon von Amtswegen stattfindet; während die Verhandlungsmaxime immer erst Rüge des Gegners desideriren müßte.

8) S. davon § 239. 250.

1) Martin § 126; Linde § 220; Heffter § 215. 262; Schmid § 109; Osterloh § 107; Wetzell § 43, 46 ffl.; Endemann, Beweislehre S. 46, 11.

während die Verhandlungsmaxime eigentlich den Richter lediglich an das binden sollte, was die Parteien vortragen (§ 99, II C.), als deren Gegengewicht[2]) ein richterliches Fragerecht anerkannt. Mit der technisch sogenannten interrogatio in jure, einem echten Fragerecht der Partei[3]), hat das Nichts zu thun. Indessen war das Fragerecht des Magistrats, wie des Judex im Röm. Prozesse von selbst vorhanden, weil er mündlich war. Auch der Kan. Prozeß gedenkt dessen noch; denn er war wenigstens noch theilweise mündlich[4]). Erst durch die vollständigere Verhandlungsmaxime und Schriftlichkeit wurde es zur Anomalie und daher immer enger begrenzt. Im vollendet schriftlichen Prozeß wird die Frage zu einem förmlichen Dekret, das, weil ex officio, der Verhandlungsmaxime zuwiderläuft[5]). Von den älteren deutschen Prozessualisten daher kaum noch erwähnt, aber in der That niemals ganz und gar zu entbehren, wenn man nicht in unerträglichen Formalismus verfallen will, bezeichnet es, im modernen Prozeß wieder auftretend, die Hinneigung zur Offizialmaxime. Mitunter bis zum Mißbrauch ausgenutzt, dagegen bei verständigem Gebrauch höchst nützlich, dient es dazu, Erläuterungen, Ergänzungen und Berichtigungen, Aufklärungen jeder Art zu veranlassen[6]). Die Anwendung dieser auf materielles Recht abzielenden, geradezu als Widerspruch gegen die formalistische Verhandlungsmaxime zu betrachtenden Befugniß ist partikular sehr verschieden. Gerade in der Ausübung des Fragerechts haben die mündlichen Schlußtermine, welche neuere Prozeßordnungen an die schriftlichen Verhandlungen anknüpfen (§ 176 a. E.), ihren Hauptvortheil[7]).

---

2) Wetzell a. a. O.

3) S. § 111. Endemann a. a. O.

4) Terminlich, und wo der Richter wirklich mit den präsenten Parteien zusammentrifft, wäre es unnatürlich, dem Richter jede Frage zu wehren. c. 10 X. de fide instr. 2, 20; c. 2 Clem. de V. S. 5, 11; Bulgar. § 9; Damas. tit. 32; Tancred. II 3 § 1 (von der Doktrin irrig an die röm. interrog. in jure angeknüpft).

5) Osterloh § 203.

6) Briegleb, summ. Proz. S. 132; Renaud § 149, 2. — Daran knüpft sich denn allernächst die ex officio-Einnahme eines Augenscheins und Zuziehung von Sachverständigen an.

7) Die Mündlichkeitsordnungen erkennen dies Fragerecht vollends in

Im mündlichen Prozeß kommt dazu endlich noch die wichtige Einwirkung, welche der Richter dadurch hat, daß er mit möglichster Freiheit die Verbindung oder Trennung nicht nur verschiedener Ansprüche oder Klagposten, sondern auch der einzelnen Punkte einer einheitlichen Prozeßsache behufs deren Erledigung durch Kognition vornehmen kann; während im gemeinen schriftlichen Prozeß in der ersteren Richtung ebenwohl eine abstrakte Regelung aufgestellt, in der letzteren aber durch die Eventualmaxime eigentlich jede Trennung ausgeschlossen wird (§ 155 ffl.).

IV. Die richterliche Entscheidung.

§ 137.

A. Ueber die Sache selbst.

Osterloh § 92; Wetzell § 44: Renaud § 148.

Die Hauptaufgabe des Gerichts besteht darin, wenn sich der Streit nicht auf anderem Wege erledigt, die Entscheidung der streitigen Sache zu finden (§ 113). Hierzu sind[1]) mitunter disziplinare Fristen gesetzt[2]).

I. Die Entscheidung geht daraus hervor, daß

A. zunächst der Richter, bei Einzelgerichten der einzelne, bei Kollegialgerichten die gerade in Hinsicht der Kognition auf Zusammenwirken angewiesene (§ 38, II) Mehrheit von Richtern, die thatsächlichen Voraussetzungen oder Umstände erkennt (cognoscit, Kognition), welche den konkreten Fall bilden. Dies geschieht durch die Rezeption dessen, was nach der vollen Strenge der

---

umfassender Weise an, mehrfach mit der Befugniß, auf persönlichem Erscheinen der Parteien zu bestehen. Han. P.O. § 111; Bad. § 276 ffl. 319. 1000; D. E. § 137 (s. aber auch § 148, nach geschlossener Verhandlung); Bair. E. Art. 129; Preuß. E. § 262.

1) Anders im R. R.; s. § 117, 1; nämlich so, daß nach Beendigung der Verhandlungen (Aktenschluß) binnen einer gewissen Zeit die Sentenz erfolgen soll, oder als diszipl. Verschluß der Geschäftsordnung, für den Referenten u. dgl.

2) Ueber die Ausübung der Kognition in Kollegialgerichten s. § 38, durch Aktenversendung § 52.

Verhandlungsmaxime lediglich die Parteien mündlich oder schriftlich vortragen, oder was nach der Offizialmaxime das Gericht aus seiner eigenen Kenntniß und Wahrnehmung entnimmt. Wenn die den konkreten Fall bildenden erheblichen Thatsachen nicht durch das Verhalten der Parteien dergestalt festgestellt werden, daß der Richter, vermöge der Verhandlungsmaxime daran gebunden, gar nicht mehr kognosziren darf, wird die Bewahrheitung der blosen Behauptungen erforderlich. Die Ermittlung der Wahrheit aber, welche sonach mit in die Kognition des Richters fällt, erweist sich nach dem Standpunkt der herrschenden Legaltheorie (§ 181) nicht als eine Erforschung der materiellen Wahrheit, sondern ebenfalls als eine formelle Feststellung der juridischen Wahrheit durch Subsumtion der vorliegenden Beweismittel oder Beweissurrogate unter abstrakte Rechtsregeln [3]).

B. Der Richter hat sodann die behaupteten [4]) oder die festgestellten Thatsachen unter das Gesetz zu subsumiren [5]). Dazu gehört die volle Gesetzeskenntniß (§ 32, IV), in deren Anwendung derselbe durchaus ungehemmt ist (§ 100, I).

C. Aus der Erkenntniß der Thatsachen und deren Subsumtion unter die Rechtsnorm entspringt die Verfügung, Entscheidung oder Dezision, zu welcher der Richter befugt, wie verpflichtet ist [6]). Sie verkörpert sich in den richterlichen Dekreten oder Bescheiden (§ 139 ffl.) und führt schließlich im Enderkenntniß zu einer Absolution oder Kondemnation des Verklagten (§ 142, III).

II. Kognition und Erkenntniß scheiden sich von der Prozeßleitung leicht ab, wo letztere nur in der Gewährung von Zeit und Ort der Verhandlung besteht (§ 114). Wo dagegen die Prozeßleitung als sog. materielle die stete Prüfung der einzelnen Handlungen umfaßt (§ 126. 135), fließt die Kognition mit dieser, zugleich eine stückweise Kognition enthaltenden, Prozeßlei-

---

3) Von der Unterstützung der Thatsachenkenntniß durch Sachverständige s. § 191.

4) Oft auch als eventuell erst zu beweisende, oder als einstweilen bescheinigte, oder in manchen Prozeßarten, die einseitiges Erkenntniß zulassen, einstweilen auch ohne Bescheinigung.

5) Wetzell a. a. O. I, 2; Renaud Not. 2.

6) S. § 32, IV § 33. 34; über die Beihülfe dazu s. § 52.

tung unwillkührlich zusammen[7]), um so mehr, als auch die Kognition über die ganze Sache nach der formellen Verhandlungsmaxime des schriftlichen Prozesses sich eigentlich in eine Beurtheilung der einzelnen Parteienhandlungen auflöst (§ 99. 135, 5).

III. Die Kognition oder Entscheidung ist überhaupt höchst verschieden je nach dem Karakter des Prozesses. Während im mündlichen Prozeß die Rezeption des thatsächlichen Stoffs so unmittelbar als möglich (§ 96, 17) von Statten geht, daher man dort sagen kann, daß es die Sache selbst (res ipsa) ist, welche der Richter in sich aufnimmt, bietet der schriftliche Prozeß der Kognition den thatsächlichen Stoff nur mittelbar in Gestalt des abgeschlossenen Inhalts der Schriftsätze dar. Während die freie logische Ueberzeugung die Wahrheit selbst, die Wirklichkeit der Thatsachen, so gut dies unter Menschen thunlich, zum Bewußtsein bringt, stellt die legale Beweistheorie nur formale Wahrheit auf Grund juristischer Beurtheilung des Vorbringens fest. Folgeweise wird dort über die Sache selbst, hier nur über das Vorbringen entschieden, woraus sich denn weiter ergibt, daß dort bei mündlicher Verhandlung der Prozeßinhalt, wenn auch dem Gerichte um der Ordnung und des Verständnisses willen eine trennende Behandlung zukommen kann (§ 152), für die endliche Entscheidung als ein Ganzes erscheint, während der schriftliche formalistische Prozeß denselben nothwendig in eine Summe einzelner Schriftsätze zerlegt[8]).

---

7) Wetzell § 44 a. E.; § 45 z. A.

8) Diesen wichtigen Gegensatz muß man sich vor allen Dingen klar machen, bes. um die Lehre der res judicata zu verstehen. Die res ist für den schriftl. Prozeß, wie ich anderswo gesagt habe, eigentlich ein untergegangener Begriff. Nur im mündlichen Prozeß mit freier Beweisprüfung erfaßt die Kognition die „Sache selbst“; im schriftl. Prozeß mit legaler Beweistheorie dagegen nur das Aktenvorbringen (causae quae apparent ex actis). Dies auszuführen, namentlich nach der Richtung der Beweistheorie, war der Zweck meiner Schrift, „das Prinzip der Rechtskraft“. Daß sie bei der Doktrin wenig Beifall gefunden, und vielfach geradezu mißverstanden, mag zum Theil Folge der Darstellung sein, ist zum Theil aber auch Folge des so oft zu beklagenden Umstandes, daß für die Theoretiker des materiellen Civilrechts die Entwicklung und Wandlung des Prozesses gar nicht existirt. Bei der Richtigkeit des Grundgedankens muß ich, obwohl im Einzelnen mancher Irrthum zu berichtigen ist, noch heute stehen bleiben.

Das R. R. geht daher von der Vorstellung aus, daß der gesammte Thatbestand (res)[9]), wie er durch die Formel abgegrenzt wird, in judicium deduzirt und durch die Entscheidung ein für allemal erledigt werde[10]). Der Thatbestand ist ihm nicht das Objekt des Rechtsanspruchs, oder die Klagbitte, sondern der Rechtsanspruch selbst, wie er aus seinen thatsächlichen Voraussetzungen hervorgeht; oder, was dasselbe, die faktische Grundlage, aus welcher, indem daraus die in der Formel hypothetisch aufgestellte Rechtskonsequenz hergeleitet wird, die konkrete Prozeßsache entspringt[11]). Was in den Umfang der Formel fällt[12]), wird von der richterlichen Kognition definitiv und unmittelbar ergriffen[13]). Für er-

---

9) Endemann a. a. O. § 2.

10) Welche traurigen Versuche sind nicht gemacht worden, den röm. Juristen irgend eine scholastische Definition der res unterzuschieben! So wenig versteht man ihre Auffassung. Ueber so natürliche Begriffe, wie „Thatbestand", haben sie sich wenig Kopfzerbrechens gemacht. — Immerhin ist es ein Fortschritt erst der Neueren, daß man gefragt hat: was ist denn res in jud. deducta? Vgl. bes. Bekker, proz. Cons. S. 43 ffl.; und über das Wort res im Allg. S. 313; Krüger, proz. Cons. § 11 ffl.

11) Gegenstand der Kognition nach röm. Vorstellung ist also Alles an thatsächl. Unterlagen, was in die Formel fällt, Endemann a. a. O. Darauf kommt im Wesentlichen auch Krüger § 11. Die Parteien können daher den Kognitionsgegenstand durch die Formulirung beschränken oder erweitern. Krüger § 12. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II § 87. In dieser Hinsicht herrscht volle Elastizität, namentlich durch die demonstratio (bei incertum) im Verh. zur intentio (bei certum). Die Bestandtheile der Formel finden gerade im Hinblick auf die Judikatswirkung ihre innere Erklärung. Daraus erklärt sich z. B. der Unterschied der form. in jus und in factum concepta bei dingl. Klagen. Während die persönl. Klagen stets einen speziellen Thatbestand haben, kann mittelst einer Eigenthumsklage entweder der ganze Thatbestand des Eigenthums oder blos der eines speziellen Eigenthumserwerbs in judicium deduzirt werden. Endemann a. a. O. § 8; vgl. Krüger § 17.

12) Die tota res de qua agitur. Dazu gehören auch die in die Formel aufgenommenen oder von selbst darin enthaltenen Exzeptionen.

13) So gewiß, daß, wie in § 145 darzustellen, die Sentenz jedesmal totam rem absorbirt. Soll das nicht geschehen, so muß durch eine praescriptio vorgebeugt werden. Gai. IV, 133. Bekker, proz. Kons. S. 89. Das ist der Sinn der praescr. pro actore; Bethmann-Hollweg, II S. 223 u. § 99 Not. 71; die praescr. pro reo ist die exc. praejud. s. auch Buchka, Einfl. S. 57 u. über deren Untergang unten § 156.

schöpfende Vorführung des Stoffs in diesem Maaße bürgt die Mündlichkeit.

Der moderne schriftliche Prozeß dagegen hat als Gegenstand und Material der Kognition anstatt der Sache selbst nur das, was die Parteien schriftlich vortragen, daran ist der Richter durch die Verhandlungsmaxime gebunden. Und indem nun auch die Methode der Beurtheilung nicht mehr auf materielle Wahrheit gerichtet erscheint, ist es unmöglich, daß die Kognition die Sache selbst ergreifen sollte, da sie offenbar nur das formale Vorbringen nach formalen Regeln entscheidet [14]).

Mit dieser Auffassung hängt es ferner zusammen, daß nach R. R. die Kognition den Prozeßinhalt, d. h. den durch die Verhandlungen auf Grundlage der Formel dargestellten Thatbestand der Klage, Exzeption u. s. w. als ein Ganzes betrachtet, worüber jedesmal definitiv entschieden wird. Tota res in judicium deducta est. Untheilbarkeit und Vollständigkeit der Kognition sind absolute Grundsätze des röm. Prozesses [15]). So sehr, daß weder der objektive Umfang des Klaggegenstandes [16]), noch die juristische Bezeichnung der Klage [17]) daran Etwas ändert. Allemal ist der ganze Thatbestand des Prozesses Gegenstand der Entscheidung. Selbst dann, wenn auf Grund einer dilatorischen Einrede die Klage zurückgewiesen wird, ist über den Thatbestand der letztern definitiv aberkannt [18]).

Von einer solchen Untheilbarkeit des Prozeßinhaltes und objektiven Vollständigkeit der Kognition kann wieder in dem formalen

---

14) Die Beweise dafür liegen in der ganzen Entwicklung des Prozesses. Nächster Ausdruck des Grundgedankens ist die absolutio ab instantia (§ 140, 18). Erst mit der Mündlichkeit, deren Vorzug gerade darin liegt, daß sie ipsam rem vorführt (s. § 96, 17), ist daher die Grundlage wieder gewonnen, welche die röm. Lehre über die Prozeßkonsumtion anwendbar macht.

15) Endemann a. a. O. S. 15 ffl.

16) Daraus erklären sich die Grundsätze über plus- u. minuspetitio (s. § 140, 22; § 165, 27).

17) Endemann a. a. O. § 8. 9.

18) Endemann das. S. 16 ffl. 38; namentlich auch darüber, daß das keineswegs, wie man manchmal gemeint hat, ein irrationeller Formalismus war.

Schriftprozeß nicht die Rede sein. Wo nur über das Vorbringen, nicht über den Thatbestand selbst erkannt wird, kann auch über einen Theil des Vorbringens erkannt werden. Daher erklärt sich die stückweise Kognition über Theile der Prozeßverhandlungen, anstatt eines einheitlich einzigen Erkenntnisses, durch welche der gemeine Prozeß in mehrere Abschnitte zerfällt, von denen jeder mit einer Sentenz schließt[19]). Es erklärt sich aber auch, daß die Kognition, welche nur auf der Grundlage des formalen Vorbringens der Parteien steht, unmöglich einen definitiven die Sache selbst erschöpfenden Karakter in Anspruch zu nehmen vermag. Die über das Vorbringen der Parteien nach formellen Regeln entscheidende Kognition kann nicht den ganzen Thatbestand erfassen und definitiv erledigen, sondern eben nur das in den einzelnen Schriftsätzen vorliegende Vorbringen[20]).

§ 138.

B. Ueber die Prozeßkosten.

Martin § 39; Linde § 119; Heffter § 276; Schmid § 70; Bayer § 24; Osterloh § 158 ffl.; Wetzell § 46 Not. 53 ffl.; Renaud § 228 ffl.

Neben der Entscheidung in der Sache selbst und folgeweise über den Hauptgegenstand des Prozesses sammt Accessionen (§ 142, III) hat das Gericht über die Erstattung der Prozeßkosten zu erkennen, die als ein Nebenpunkt[1]) durch den ganzen Prozeß mitläuft.

---

19) Alle diese Erkenntnisse nennt man „in der Sache selbst" ergangen; obwohl sie Nichts erledigen, als gerade das betreff. Stück der Verhandlungen; das Interlokut die des ersten Verfahrens, das Produktionserkenntniß die der Beweisantretung u. s. w. Endemann das. S. 171.

20) Die Römer haben ursprünglich keine Kognition u. folglich keine Sentenz, die nur „wie angebracht" entscheidet. Endemann das. S. 13; vgl. aber auch S. 69. Daraus ergibt sich die definitiv konsumirende Wirkung der res judicata; s. § 145. Allein nach Aufhebung des ordo jud. beginnen in dem formeller werdenden Prozeß die Abweisungen, „wie angebracht", auf Grund einer exc. dilatoria, pluspetitio u. dgl. Krüger, proz. Conf. § 26. Bethmann-Hollweg, Hdb. S. 274. Jetzt entscheidet eigentlich jede Kognition nur wie angebracht.

1) Leider stets der Hauptpunkt vieler Prozesse.

I. Da jede Partei theils an Gerichtsgebühren, Stempeln und Sporteln, die sie vorlegen muß (expensae judiciales, s. § 55), theils an Kosten ihrer prozessualischen Vertretung (§ 82, II. IV.) und an andern Unkosten aller Art (expensae extrajudiciales)[2]) möglicherweise Ausgaben hat, so entsteht die Frage, inwiefern die Parteien einander schuldig sind[3]), die gehabten Unkosten zu ersetzen. In dieser Hinsicht haben die Ansichten sehr gewechselt.

A. Im R. R. war ursprünglich ein Ersatz der ohnehin geringfügigen[4]) Kosten nur in dem begriffen, was allenfalls durch ein judicium calumniae oder als poena temere litigantis erstritten, oder als sponsio für den Unterliegensfall stipulirt wurde[5]). Als in der Folge die Kosten sich mehrten, Gerichts- und Anwaltsgebühren üblich wurden, ging man von dem natürlichen Grundsatz aus, daß der unterliegende Theil dem obsiegenden die Kosten zu erstatten habe[6]), es sei denn, daß der erstere besondere Entschuldigungsgründe darthun möchte, die ihn davon befreien[7]).

---

2) Reisekosten, Beschaffung von Urkunden, Zeugengebühren u. s. w.

3) Ganz getrennt ist die Frage, inwiefern die Partei dem Gericht (s. § 55, III) oder dem Anwalt (s. § 87, III § 92, III a. E.) schuldig ist, die Kosten zu zahlen.

4) Denn es gab keine Gerichts- und keine Advokatenkosten; s. § 55, 1; § 80, 4.

5) S. § 127, 1—3; Gai. IV, 162 sqq. In L. 79 pr. de jud. 5, 1 wird der Ersatz der sumtus u. viatica als Folge des temere in jud. vocare erwähnt. Das nur auf die cognitio extra ord. zu beziehen, fehlt aller innere Grund. Indessen hat das, wie auch der Versuch, den Begriff des temere scholastisch zu fixiren, nur antiquarisches Interesse. Wetzell Not. 60 ffl.

6) L. 5 Cod. de fruct. 7, 51; L. 13 § 6 Cod. de jud. 3, 1; Nov. 82 c. 10; Bethmann-Hollweg III S. 232. Ueber die Bedeutung dieses Satzes als Mittel gegen Gefährde s. § 128, 19.

7) L. 5 § 1 Cod. cit. — Also nicht unbedingte Zahlungspflicht; daher denn der Kostenersatz großentheils die früheren poenae tem. lit. vertreten kann; s. § 128. Daß im Uebrigen nicht nach dolus u. culpa gefragt wurde, worauf Dernburg u. A. die Ersatzpflicht beschränkt halten, wird außer den positiven Gründen, die Wetzell Not. 63 anführt, auch durch die Erwägung bestätigt, daß der formaler gewordene Prozeß

B. Dabei blieben das Kan. R.[8]) und die Reichsgesetze[9]) stehen. Regelmäßig hatte der Besiegte die Kosten zu tragen und zu ersetzen[10]). Aus besonderen Gründen jedoch konnte der Ersatz unterbleiben, namentlich Kompensation eintreten. Dabei wurde nach der Verhandlungsmaxime stets ein Antrag auf Kondemnation vorausgesetzt[11]).

C. Im modernen Prozeß gab der Umstand, daß bei Abschwächung der Verhandlungsmaxime über das Erforderniß des Antrags hinweggesehen und der Richter angewiesen wurde, von Amtswegen die Kostenkondemnation auszusprechen, Anlaß zu der sog. Straftheorie, der zufolge der Ersatz lediglich Strafe sein soll[12]). Die Meisten dagegen beharrten bei der Schadensersatztheorie[13]), die jedoch keineswegs erklärt, warum der Unterliegende an sich ohne Rücksicht auf wirkliches Verschulden, oder lediglich auf eine wesenlose Fiktion des Verschuldens hin als Schadensstifter betrachtet werden muß.

Völlig ausreichend ist, wenn man eine civilrechtliche Grundlage einmal will, die Unterstellung einer gegenseitigen Sponsion[14]), oder noch richtiger der Hinweis auf die einmal bestehende Ordnung

---

gewiß im Ganzen dem formalen Kriterium des Unterliegens günstig sein mußte.

8) c. 4 X de poen. 5. 37. c. 2. 5. X de dol. 2, 14; Durant. II, 3 de expens. § 3. 4. 5; Lanfranc. de Or. rubr. de expens.

9) Vis.-A. von 1713 § 82; auch Konz. der R.K.G.O. von 1613 III, 59 § 9. S. über die ältere Doktrin Gaill. I obs. 151.

10) Dahin führte auch die Entwicklung in Frankreich; s. Schäffner III S. 567.

11) Vgl. über die ganze schon damals vielbesprochene Lehre Claproth, Einl. II § 203; Danz, Grunds. Hauptstück 5. Weitere Literatur s. bei Wetzell Not. 52.

12) S. bes. Emmerich, über Prozeßkosten 1791; s. dagegen Weber, üb. die Prozeßk. u. Martin, Vorl. I S. 262. Vgl. auch Dernburg, Abh. S. 131. Auf den Standpunkt des Delikts stellt sich auch Brackenhöfft, Arch. für prakt. R.W. Bd. 5 S. 85. — Die Schwäche dieser Theorie ist klar. Soll es Strafe des Unterliegens sein? Oder des dolus bzw. der culpa, die doch bei Weitem nicht immer vorhanden, und schließlich für jeden Unterliegungsfall fingirt werden muß?

13) Ausdrücklich proklamirt in der Bad. P.O. § 169. — Dernburg S. 132.

14) Wetzell Not. 66 ffl.

des Prozesses[15]). Wer prozessirt, weiß, daß er dem Kostenersatz je nach dem Ausgange der Prozesses verfällt. Vom freien Willen hängt jene Sponsion nicht ab. Sie versteht sich nach der Prozeßordnung von selbst. Eben deshalb dienen die Grundsätze über den Kostenersatz zugleich als Mittel gegen ungerechtes oder aussichtsloses Klagen und Leugnen (§ 128, III), wenn auch zweifellos die Legislation nicht etwa den Kostenersatz als Mittel der Abschreckung vor dem Prozessiren benutzen soll[16]).

II. Ueber die Kosten hat der Richter zu erkennen. Da nun stets gewisse Ausnahmen von der unbedingten Verurtheilung des unterliegenden Theils in Geltung erhalten werden müssen, so wird unter allen Umständen Etwas, oft thatsächlich Alles in das Ermessen des Richters gestellt, der damit ein weitreichendes Mittel in der Hand hat, der Gefährde vorzubeugen und, trotz der Verwerfung der Straftheorie, nach Maßgabe der Prozeßführung zu strafen oder zu belohnen.

Leitender Grundsatz ist fortwährend, daß der Besiegte die Kosten zu tragen hat. Auf eine Untersuchung des Verschuldens oder der Arglist kommt es nicht an. Es entscheidet an sich die Thatsache des Unterliegens in der Sache selbst mit über den Kostenpunkt[17]). Allein ebenso anerkannt bestehen „genugsame Ursachen“[18]), aus denen, abgesehen von dem Fall, daß der Richter, Anwalt[19]) oder ein Dritter theilweise oder ganz zur Erstattung der schuldhaft verursachten Kosten zu verurtheilen ist[20]), von der Hauptregel abgewichen, Kostenkompensation, wonach kein Theil von dem andern Ersatz erlangt, oder zufolge einer neueren Praxis auch in geeigneten Fällen Kostenvertheilung nach Quoten aus-

---

15) Renaud S. 691.

16) Wie ihn Renaud das. Not. 18 bezeichnet. Daß faktisch so die Sache mitunter betrachtet wird, kann man zugeben, aber gewiß nicht billigen.

17) Han. P.O. § 46; Bad. P.O. § 170; D. E. § 67. — Renaud Not. 17.

18) S. die Not. 9 citirten Reichsgesetze.

19) Renaud § 230, 14; s. oben § 82, I.

20) Han. P.O. § 48; Braunschw. P.O. § 109; Renaud § 228, 23. — So z. B. auch der ungehorsame Zeuge, der den Termin vereitelt.

gesprochen werden kann[21]). Was sind aber genugsame Ursachen, aus denen kompensirt werden kann? Dahin sollen zwar nicht rechtliche Bedenken und Zweifelhaftigkeiten[22]) zählen, wohl aber Dunkelheiten der faktischen Verhältnisse und gerechte Ignoranz[23]), sowie Verschulden beider Theile und Pluspetition[24]). Partikularrechtlich gilt ferner Wechsel der Erkenntnisse in den verschiedenen Instanzen[25]), oder Obsieg auf Grund eines Notheides[26]) als Ursache einer Kostenkompensation. Bei Vergleich der Parteien wird, wenn Nichts ausdrücklich gesagt isi, die Absicht, daß die Kosten kompensirt sein sollen, unterstellt[27]). Endlich soll mitunter nahe Verwandtschaft der Streittheile, jedoch sehr unsicher, wie weit, ein Kompensationsgrund sein[28]).

Bei nur theilweisem Unterliegen ist die Kompensation oder die Theilung der Kosten nach Quoten regelrechte Folge des

---

21) S. auch Han. P.O. § 47; Bad. P.O. § 172; Renaud § 229.

22) Wetzell vor Not. 67. Nach R. R. gewiß richtig. Ob aber heute noch, steht dahin. Denn die rechtlichen Zweifel können bei unserem Rechtszustand gerade so arg und entschuldbar erscheinen, wie die faktischen. Daher oft auch die entgegengesetzte Ansicht; z. B. Osterloh § 160, 14; wenigstens, wenn es sich um eine „sehr bestrittene" Rechtsfrage handelt, oder die Partei ein (Fakultäts-?) Gutachten für sich hat. — Partikular wird, wie bes. in den sächs.-thüring. Ländern, wegen Wechsels der Erkenntnisse, Pluspetition u. s. w., überhaupt von der Kompensation ein übermäßiger, nichts weniger als heilsamer Gebrauch gemacht.

23) Letzteres ist ein Anklang an das R. R. (Not. 7), der sich auch bei den Kanonisten findet. Wetzell a. a. O. Sonst gilt blose Entschuldbarkeit der Partei nicht gerade als Kompensationsgrund. Daher auch nicht der Umstand, daß der Richter seine öfter ausgesprochene Ansicht ändert; Wetzell Not. 68. — S. überh. Bayer § 25 a. E., Renaud § 229. Alle noch so genaue Darstellungen lehren nur, daß derartige Kompensationsgründe nicht viel mehr als Gefühlssache sind.

24) Ueb. culpa s. Nov. 82 c. 10. — Ueb. Pluspetition (§ 165, 27) s. Renaud S. 696. Doch fragt man jetzt, was nur zu billigen, in der Regel, ob auch wirklich die Mehrbitte mehr Kosten verursacht hat, was durchaus nicht immer der Fall.

25) Renaud Not. 10; s. auch oben Not. 22.

26) Renaud Not. 11. 12.

27) D. h. der Richter hat, wenn jene nicht disponirt haben, über die Kosten auch nicht mehr zu erkennen.

28) Renaud Not. 15.

Hauptprinzips[29]). Dasselbe gilt von der Theilung, welche je nach dem Erfolge der Vor- und Widerklage geboten erscheint. Ebenso bedarf die Theilung der Kosten im Falle einer subjektiven oder objektiven Klagenhäufung keiner besonderen Rechtfertigung, insofern hier eine Mehrheit an sich trennbarer Klaganspruche vorliegt, deren jeder sein besonderes Schicksal haben kann[30]). Und daß anläßlich einer Pluspetition, wenn sie Mehrkosten verursachte, jetzt häufig an Stelle der Kompensation Kostentheilung ausgesprochen wird, entspricht vollkommen der Behandlung der ersteren nach heutigem Prozeßrecht[31]). Allein auch außerdem nimmt sich die neuere Praxis allgemeinhin die Befugniß, aus den sonst zur Kompensation führenden, oder auch aus anderen bewegenden Ursachen, wegen Verschuldens, Verzögerung u. s. w.[32]), anstatt auf Vergleichung auf Vertheilung nach Quoten des Gesammtbetrags des Prozesses, oder einzelner Abschnitte, oder auch auf Verurtheilung zu bestimmten einzelnen Beträgen, welche somit von den Gesammtkosten des Prozesses ausgeschieden werden[33]), zu erkennen[34]).

Daß der Ungehorsame die durch seinen Ungehorsam entstandenen Kosten zu tragen hat, folgt schon aus andern Gründen (§ 124, I A.). In anderem Sinn ist der Ungehorsam weder Kompensations-, noch Theilungsgrund. Wer abgesehen von den Ungehorsamskosten sonst in die Kosten der Sache zu verfällen ist, richtet sich nach dem Schicksal des Prozesses. Regelmäßig freilich wird, insofern die contumacia das sofortige Unterliegen zur Folge hat, die gesammte Kostenlast den Ungehorsamen treffen[35]).

Ausgeschlossen ist ferner der Ersatz der Restitutionskosten,

---

29) Theilung und Kompensation sind natürlich zweierlei. Dennoch werden beide, selbst in neueren Gesetzen, oft verwechselt. Renaud Not. 19. 20.

30) Renaud S. 696. 697; vgl. oben § 73 u. § 167.

31) Renaud Not. 24. 25.

32) Renaud S. 702. — Vgl. Han. P.O. § 47; D. E. § 66. 69.

33) Renaud a. a. O.

34) So namentlich auch Theilung der Bescheidskosten.

35) S. 124, 21. — Daß da, wo etwa zu Gunsten des contumax erkannt wird, dieser alle Prozeßkosten zu tragen habe, Renaud § 228, 24, paßt nicht nach der Natur des heutigen Proz. Vgl. Wetzell Not. 76.

selbst wenn die Wiedereinsetzung erlangt wird (§ 112, 25). Ebensowenig wird kompensirt, sondern der Kläger zur Tragung der Kosten kondemnirt, wenn der Verklagte, der ohne vorgängige Aufforderung (interpellatio) belangt wurde, sich sofort zur Befriedigung des Klägers bereit findet (§ 165, 17). Umgekehrt muß der Verklagte, welcher später noch im Prozeß zahlt und dadurch in der Hauptsache der Kondemnation entgeht, doch die Kosten tragen, insofern immerhin dem Kläger gerechte Ursache gegeben war[36]), den Rechtsweg zu beschreiten[37]).

III. Was den Umfang des hiernach zu fällenden Erkenntnisses über die Kosten anlangt, so umfaßt dasselbe

A. qualitativ als sog. ersatzfähige Kosten an sich nach R. R. alle Aufwendungen jederlei Art, welche mit dem Prozeß in ursachlichem Zusammenhang stehen[38]). Dies gilt eigentlich noch jetzt. Unzweifelhaft hat die Partei wider die Partei ein Recht auf Ersatz oder Ausgleichung wegen alles dessen, was sie aus Ursache des Streites aufgewendet hat und gerechter Weise aufwenden mußte oder durfte[39]).

Ob nun die Aufwendung überhaupt oder in welchem Umfang eine gerechtfertigte war, wie auch, ob es nöthig war, einen Anwalt, und gerade diesen, dessen Annahme z. B. wegen weiter Entfernung u. dgl. besonders kostspielig, anzunehmen, fordert gerichtliche Entscheidung[40]). Soll aber der Richter darüber sofort und zwar sogar mit Feststellung des Betrags entscheiden, so kann das nur geschehen bei den Kosten, welche alsbald aktenmäßig erhellen und nach dem feststehenden gesetzlichen Tarif zu bemessen sind.

Daher bezieht sich denn das Kostenerkenntniß im Zweifel nur auf diese, d. h. auf die Gerichts- und Anwaltskosten, diese im weitesten

---

36) Wie die Annahme des Prozesses Seitens des Verklagten zeigt.

37) Wetzell Not. 73; Renaud § 228, 25.

38) Wetzell Not. 69; Renaud S. 292; also auch viatica, Zeugengebühren und anderer sumtus; L. 79 pr. de jud. 5, 1; L. 15 Cod. de jud. 3, 1.

39) Alle nothwendigen Kosten nach D. E. § 67; Bair. E. Art. 91; Han. P.O. § 49; Preuß. E. § 1349.

40) Freie Würdigung aus dem Gesichtspunkt der Entschädigung will der Bair. E. Art. 103.

Sinn, sowie allenfalls auf die Zeugengebühren, welche aktenmäßig erscheinen, während andere außergerichtliche Aufwendungen der besondern Geltendmachung überlassen werden.

Quantitativ meint ursprünglich die Rechtsregel, daß der Besiegte die Kosten des ganzen Prozesses tragen soll, wonach denn auch die Kompensation und Theilung auf sämmtliche Kosten zu beziehen sein würde. Das ist, vorbehaltlich einzelner Ausnahmen wegen Frivolität oder Verschulden bei einzelnen, Kosten verursachenden Akten, das Natürliche, so lange der Prozeß ein Ganzes bildet. Da aber der heutige Prozeß in einzelne, mehr oder minder selbstständige Abschnitte zerfällt, wird vielfach schon am Ende eines solchen durch das Zwischenurtheil über dessen Kosten erkannt[41]). So am Schlusse eines Inzidentverfahrens über Arrest, Restitution u. dgl., und vor Allem am Schlusse der Rechtsmittelinstanzen[42]). Außerdem soll der Richter für jedes Zwischenverfahren wenigstens besondere Leichtfertigkeit durch Zuerkennung der Kosten ahnden können[43]). Sonst ist freilich in der Regel bei Zwischenerkenntnissen, welche die Endsentenz nur vorbereiten, ein Ausspruch über die Kosten gar nicht, oder blos in bedingter Weise möglich. Im Ganzen muß auf die logische Erwägung je nach der Gliederung des Prozesses hingewiesen werden, ob und wann eben der Kostenpunkt durch Sentenz bereinigt werden kann. Sobald dies definitiv möglich ist, pflegt darüber verfügt zu werden.

Dies gilt auch von denjenigen Kostenantheilen, deren Tragung gewiß ist, ehe über die sonstigen Kosten Entscheidung getroffen werden kann, wie von den Kontumazial-, Restitutionskosten, und von den Kostenantheilen, welche auf einzelne Klagposten einer kumulirten Klage oder auf einzelne Streitgenossen (Not. 30) fallen, insoweit zur Zeit schon definitiv entschieden werden mag, während im Uebrigen der Prozeß noch unerledigt fortgeht[44]).

---

41) Osterloh § 160 Not. 4; Renaud § 230 z. A. u. S. 700; s. auch Bad. P.O. § 176. — D. E. § 70; Bair. E. Art. 95.

42) S. auch Han. P.O. § 45; Preuß. E. § 1341 ffl.

43) Wetzell Not. 72; z. B. für unnütze Zeugenprozeduren. S. § 127, 5.

44) Vgl. Renaud § 230, 11. 15. 16.

Mithin erstreckt sich die Kostenverurtheilung im Enderkenntniß nur noch auf diejenigen Kosten, über welche bis dahin nicht schon besonders verfügt worden ist. Daraus aber, daß solchergestalt über einzelne Theile der Gesammtkosten besonders verfügt werden kann, erhellt vollends, wie sehr die Handhabung des Kostenersatzes, dem Ermessen anheimgestellt, als Mittel der diskretionären Richtergewalt erscheint.

IV. Was das Verfahren anlangt, so hat der Richter nach der heutigen Praxis auch schon ohne besonderes Gesuch der Parteien[45]) von Amtswegen über die Kosten zu erkennen[46]), und zwar eigentlich ausdrücklich, sogar bei eigener Haft[47]); indessen nimmt man jetzt an, daß, wenn er im Urtheil schweigt, Kompensation verfügt sei[48]). Letzteres gilt auch von den Zwischenurtheilen, in denen über die Kosten des betreffenden Abschnitts hätte erkannt werden sollen[49]).

Regelmäßig spricht sich das Gericht nur über die Ersatzpflicht im Allgemeinen salva moderatione aus[50]). Um nun den Betrag festzustellen, gab schon das R. R. zur Erleichterung den Eid des Siegers[51]), woraus sich in der Folge das eigenthümliche, jetzt

---

45) Das Renaud S. 699 der strengeren Verhandlungsmaxime entsprechend fordert; s. jedoch oben § 98, 24; Han. P.O. § 345; Bad. P.O. § 357; Old. P.O. Art. 120 § 1; D. E. § 252.

46) L. 3 § 6 Cod. de jud. 3, 1; Nov. 82 c. 10. Bayer § 27 Nr. 3.

47) L. 13 § 6 Cod. de jud. 3, 1.

48) Bayer das. Nr. 2; Wetzell Not. 78. — Daraus folgt denn, daß die Kosten insoweit nie mehr Gegenstand einer besondern Klage sein können (cf. L. 3 Cod. de fruct. 7, 54). Wenn stillschweigend Kompensation feststeht, gibt es auch keine declaratoria zur Nachholung des übergangenen Kostenpunktes mehr. Letzteres gestatten jedoch neuere Gesetze. Han. P.O. § 45; Renaud § 230, 7. Indessen bezieht sich dies Alles nur auf die aktenmäßigen Kosten, die der Richter vor Augen hat.

49) Daß das Armenrecht, welches nur dem Gericht gegenüber wirkt, auf das Erkenntniß darüber, wie es mit Ersatz von Partei zu Partei zu halten, keinen Einfluß hat, s. § 56, II u. V.

50) Man hat die K.G.O. von 1555 III 50 § 8 ebenso gut, wie c. 1 pr. VI de rest. spol. 2, 5 u. c. 1 VI de exc. 2, 12, wonach der Betrag vorher festzustellen, aufgegeben. Wetzell Not. 83; Renaud § 231, 2.

51) L. 13 § 2, 6. L. 15 Cod. de jud. 3, 1; Nov. 82 c. 10.

antiquirte juramentum expensarum[52]) entwickelte. Jetzt findet die Bestimmung der Kosten behufs Beitreibung von der ersatzpflichtigen Gegenpartei, welche in Betreff der Anwaltskosten wohl aus einander zu halten ist von der Bestimmung behufs Beitreibung von der eigenen Partei[53]), in der Weise statt, daß die ersatzberechtigte oder die ersatzpflichtige Partei um deren Verzeichnung bittet oder eine Berechnung derselben mit dem Antrage auf Feststellung einreicht. Darauf erfolgt die Verzeichnung oder Prüfung der Rechnung nach Maßgabe des Tarifs der Gerichts- und Anwaltsgebühren[54]), der zufolge denn die Ansätze Moderation erleiden oder Bestätigung finden und die Summe der ersatzfähigen Kosten festgestellt wird. Dies geschieht bald durch den Richter, bald durch den Aktuar oder Sekretär, bald durch eigene Taxbeamte[55]). Meist erfolgt die Festsetzung durch einfaches Dekret auf einseitigen Antrag hin, wobei jedoch Remonstration und Beschwerde für beide Theile vorbehalten bleibt.

V. Die Realisirung des von dem Gerichte, sei es in einer Sentenz, sei es in einem Dekret[56]), ausgesprochenen Kostenersatzes erfolgt durch den direkten Zwang der Exekution[57]), sowohl in Verbindung mit der Exekution in der Hauptsache, als auch allenfalls für sich allein[58]). Behufs der Sicherung des Kostenersatzes

52) Gaill. II obs. 102 nr. 11. K.G.O. v. 1555 III 50 § 3. — Wetzell Not. 81; Renaud S. 704.

53) Wegen Verschiedenheit des Interesses. M. a. W.: wenn auch die Kosten des Anwalts der eigenen Partei gegenüber schon festgestellt sind, so ist die Gegenpartei noch nicht ohne Weiteres verpflichtet, diese Feststellung für sich anzuerkennen. Ueber persönliche Zuerkennung der Kosten an den Anwalt s. § 82, 25.

54) Nicht tarif-, bzw. nicht aktenmäßige Kosten werden oft zur Geltendmachung im gewöhnlichen Wege Rechtens verwiesen, oder man fordert für die nicht aus den Akten ersichtlichen Posten Bescheinigung; Han. P.O. § 50; D. E. § 72.

55) Han. P.O. § 50; Bad. § 177; D. E. § 72 ffl.

56) Von den aus dieser Unterscheidung entnommenen Zweifeln, s. Renaud S. 705, weiß die Praxis Nichts.

57) Dadurch ist das Mittel einer exceptio refusionis expensarum — Renaud Not. 17 — wohl in völlige Vergessenheit gekommen.

58) Wie die Verfügung über die Kosten, so erscheint auch dessen Realisirung als Ausfluß der Gerichtsgewalt.

können provisorische Anordnungen getroffen und namentlich Kautionen auferlegt werden (§ 130 ffl.). Mitunter kann sogar eine Partei angehalten werden, der andern der Kosten halber Vorschuß zu leisten. So aus persönlichen Gründen der Ehemann der Frau, der Vater dem Kinde als Folge der Alimentationspflicht[59]), oder mitunter auch aus sachlichen Gründen, die am Ende auf Billigkeitsrücksichten hinauslaufen[60]).

V. Die richterlichen Verfügungen.

A. Arten derselben.

§ 139.

1. Dekrete, Interlokute, Bescheide.

Martin § 106; Linde § 167; Heffter § 200. 263; Schmid § 87; Bayer § 133; Osterloh § 94; Wetzell § 81; Renaud § 154.

Die richterliche Thätigkeit der Prozeßleilung und Kognition findet ihren Ausdruck in den Verfügungen. Deren gibt es, wenn man den Ausdruck zunächst im allgemeinsten Sinn versteht, mehrere Hauptarten, welche nur historisch, namentlich aus dem Verhältniß der Prozeßleitung und Kognition, erklärt werden können.

I. Das R. R. hatte

A. zur Zeit des ordo judiciorum einmal

1. decreta. Damit bezeichnete man im umfassenderen Sinn alle Verfügungen, welche causa cognita, also auf wirkliche, wenn auch nur einseitige (in eremodicio), Verhandlung hin ergingen[1]). Innerhalb dieses allgemeineren Begriffs aber schied man nothwendig:

a. sententia, das Endurtheil, welches im ordentlichen Verfahren von dem judex privatus gefällt wurde[2]), und

b. decretum im engeren Sinn, die Verfügung, welche zwar causa cognita, aber von dem Magistrate im Verfahren extra ordinem, oder in jure[3]) erging. Ohne daß die Rechtswirkung da-

---

59) Osterloh § 160 a. E. Martin I S. 269.

60) Martin I S. 271.

1) Rudorff, R.G. II S. 56.

2) Rudorff II S. 256; s. dag. Bayer § 133 z. A.

3) Wie die denegatio actionis; Puchta, Kurs. II § 176 a. E.; Rudorff II § 70; s. auch Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II

durch beeinflußt worden wäre[4]), prägt sich in diesem Gegensatz der Unterschied des Magistrats- und Geschwornenspruchs aus.

2. Interlocutiones s. subscriptiones waren alle blos prozeßleitende, termin-bestimmende, auf blos einseitigen Antrag ertheilte, in die Sache nicht eingehende, oder nur Nebenpunkte erledigende Verfügungen[5]).

B. Mit Aufhebung des ordo judiciorum fiel der Gegensatz hinweg, der zu einer Unterscheidung der decreta im engern Sinn und der sententiae geführt hatte. Es gab mithin in der Periode des Beamtenrichterthums, abgesehen von dem eine ganz besondere Stellung einnehmenden decretum s. rescriptum principis auf Konsultation (ante sententiam) oder im Reskriptsprozeß[6]), nur noch den einen Gegensatz der in die Sache selbst nach Verhandlung eingehenden Sprüche (sententiae), und der prozeßleitenden, bzw. einzelne Zwischenpunkte erledigenden interlocutiones[7]).

II. Im Kan. Prozeß, dem auch hier das Verständniß der römischen Einrichtungen fehlte, hieß

A. sententia das Endurtheil, welches eine absolutio oder condemnatio enthielt, s. definitiva[8]).

B. Den Ausdruck: decretum sparte man anfänglich für besondere Fälle auf, wie für die Verfügung der missio in bona (ex decreto) u. dgl., erstreckte ihn aber später allerdings allgemeiner auf alle Zeitbestimmungen[9]).

---

§ 122 z. A. — Der Volksrichter gibt nie ein decretum in diesem Sinn; denn es ist Ausfluß des Imperiums, das er nicht hat.

4) S. § 140, 3; Rudorff II § 59.

5) Rudorff II S. 56. 252; Keller, röm. Civ.-Proz. § 66, 770; Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 7. 8.

6) Puchta § 186; Bethmann-Hollweg III S. 332. 350.

7) Bethmann-Hollweg III S. 291.

8) Mit Bezug auf L. 1 de re judic. 42, 1; cf. Tancred. IV, 1 § 2; Durant. II, 3 de sent. § 1 nr. 3; Bartol. in L. 1 cit.; Gaill. I obs. 2 nr. 6. — Ursprünglich dachte man dabei nur an die eine Endsentenz; allein da sich der Prozeß in einzelne Abschnitte spaltete, war in der Folge auch die Möglichkeit mehrerer kondemnirenden oder absolvirenden Erkenntnisse gegeben.

9) S. über die verschiedenen Bedeutungen Durant. II, 1 de primo et secundo decreto § 1.

C. Alle anderen Verfügungen waren interlocutiones.] Dabei mußte es jedoch in der Folge einen großen Unterschied machen, ob sie

1. nur auf einseitigen Antrag ergingen, als einfache interlocutiones [10]),

2. oder auf zweiseitige Verhandlung, als sententiae interlocutoriae. Darunter waren alle Zwischenverfügungen dieser Art zwischen Anfang und Ende des Prozesses gemeint [11]). Innerhalb der letztern aber bedurfte es, je umfassender der Begriff sich erwies, einer weiteren in höchst künstlicher Weise zu schematisirenden Unterscheidung, ob die Zwischenverfügung der Rechtsmittelanfechtung zugänglich, also der Rechtskraft fähig und unwiderruflich sein sollte, oder nicht [12]). Jene nannte man später interlocutoria vim definitivae sententiae habens [13]), diese interlocutoria im gewöhnlichen Sinn, deren Kennzeichen im Ganzen darin bestand, daß sie, wenn auch zweiseitig, doch sine causae cognitione erging [14]).

III. Indem die ältere deutsche Praxis diese Eintheilung ihrem Wesen nach rezipirte und höchstens die Bezeichnung oder Ordnung der Arten modifizirte, hatte sie [15]):

A. Sententiae (definitivae), eigentliche Endurtheile, wozu übrigens auch die blosen absolutiones ab instantia (s. § 140, 18) gehörten.

B. Interlocutiones vim definitivae habentes, vielfach auch sententiae interlocutoriae genannt, Zwischenerkenntnisse über

---

10) Davon ist bei den Kanonisten wenig die Rede, weil regelmäßig noch Alles terminlich-zweiseitig verhandelt wird. Erst im schriftlichen Prozeß wird dieser Begriff bedeutender; s. unten Not. 16 u. IV, C.

11) Tancred. l. c.; Durant. l. c. nr. 1; Marant. VI decisor. jud. act. 1 u. über die exc. dilat. (ante lit. cont.) entscheidenden Sentenzen Scacc. de jud. I c. 102.

12) Wetzell § 51, 4 ffl.; s. unten § 140, II.

13) Wetzell Not. 5; Renaud Not. 10; bei den älteren Prozessualisten wird, was ganz dasselbe besagt, unterschieden: interlocutoria quae transit in rem judicatam und quae non transit.

14) Bald. in L. 7 Cod. de sent. nr. 3. Außerdem erwähnen die Kanonisten noch praecepta, d. h. Mandate des Richters, auf exigible Urkunden hin u. dgl. Durant. l. c. nr. 6; Marant. spec. aur. VI decisoria jud. nr. 27. sqq.

15) S. z. B. Danz, Grundſ. § 217; Renaud S. 410.

einzelne Punkte, Abschnitte oder Stufen des Prozesses, ergangen auf wirkliche, oder nach dem modernen Kontumazialsystem auf fingirte zweiseitige Verhandlung, und daher, wenigstens in der Regel, der Rechtskraft fähig [15a]).

C. Interlocutiones simplices, auf einseitigen Antrag erlassene, oder, wenn auf zweiseitige Verhandlung ertheilt, doch der Rechtskraft nicht fähige Verfügungen prozeßleitender oder kognoscirender Art. Indessen hat man sich immer mehr gewöhnt, diese Gattung als einfache decreta zu bezeichnen [16]).

IV. Die heutige Lehre, welche häufig wieder alle Verfügungen der Gerichte unter dem Gesammtnamen der Dekrete begreift [17]), stellt folgende genauere Eintheilung auf.

A. End- und Haupterkenntnisse, Sentenzen oder Bescheide im engeren Sinn, sententiae definitivae. Da aber hieher auch die bedingten gerechnet werden, so gibt es

1. sententiae definitivae purae, welche entweder direkt kondemnatorische, oder direkt absolutorische sind (§ 140, III B).

2. sententiae def. conditionatae, welche die Kondemnation oder Absolution noch unter eine Bedingung stellen (vgl. jedoch B 1).

B. Interlokute, Zwischenbescheide, sententiae interlocutoriae, vim definitivae habentes s. mixtae. Dahin gehören

1. diejenigen Vorbescheide, welche wie das Eides-, namentlich aber auch oft schon das Beweisinterlokut als bedingte Enderkenntnisse betrachtet werden können, weil sie die in Aussicht gestellte Endsentenz nur noch von der Ableistung oder Verweigerung eines Eides, von dem Erbringen eines Beweises u. dgl. abhängig machten [18]).

2. Andere auf zweiseitige Verhandlung basirende, die Sache selbst betreffende Zwischenerkenntnisse, Interlokute im engeren Sinn, deren Menge davon abhängt, wie weit nach der Prozeßordnung noch die Appellabilität reicht (§ 232, I).

15a) S. über diesen Begriff weiter § 140, III.

16) So schon Marant. l. c. nr. 29. Danz a. a. O.

17) Aber in anderem Sinn, als das R. R. (s. Not. 3). Der Richter dekretirt, theils durch Bescheide, theils durch andere Verfügungen. Der Ausdruck ist nicht unbezeichnend für die Idee der Richtergewalt.

18) Man hat also die Wahl, ob man diese Art von Bescheiden in das Schema an dieser Stelle, oder unter A 2 einrangiren will.

3. Ueber einzelne, getrennte Streit-, Inzident- oder Nebenpunkte entscheidende Bei- oder Nebenerkenntnisse.

C. Dekrete, decreta, interlocutiones merae, die nur auf einseitigen Antrag ohne eigentliche Verhandlung erfolgen, oder einen prozeßleitenden, nicht in die Sache selbst eingehenden Inhalt haben. Den unter B gedachten Interlokuten gegenüber ist also der Inhalt der vorangegangenen Verhandlung das Hauptkennzeichen [19]). Je nach dem Inhalt unterscheidet man:

1. rejektorische, abweichende [20]) und

2. willfahrende Dekrete. Letztere sind:

a. Kommunikativdekrete (§ 115, 8), oder

b. mit einer Auflage, Präzept, Mandat, Injunkt oder Citation versehene, monitorische oder arktatorische Dekrete (§ 120, II). Inhäsivdekrete heißen die Bestätigungen von Dekreten, welche nach Remonstration oder Verhandlung ausgesprochen werden [21]).

Zu der Stellung einfacher Dekrete in Betreff der Wirkungen aber sinken auch die Interlokute herab, sofern sie der Rechtskraft unfähig erklärt werden (§ 140, III, A). Ueberhaupt ist es immer das Verhältniß der Vor- und Zwischenverfügungen, welches leicht zweifelhaft und willkührlich erscheint [22]).

§ 140.

2. Insbesondere rechtskräftige Erkenntnisse.

S. die Citate des vorigen § u. Wetzell § 46.

Unter den Erkenntnisse oder Bescheide genannten Verfügungen müssen diejenigen besonders hervorgehoben werden, welche, was man als identisch betrachtet, der Rechtskraft fähig oder der An-

---

19) Martin, Vorl. I S. 538.

20) Ueber die k. h. Zurückgabe s. § 115 I C.

21) Wetzell Not. 11; Renaud Not, 19.

22) Ich gebe hier der Vollständigkeit halber diese schematistische Uebersicht. Ausführlichere Erörterung erspart man sich gern. Soviel erkennt sich bald: auch hier sind die Definitionen, die einst auf wirklich inneren Momenten beruhten, s. oben I A., nach der unglücklichen Entwicklung der Rechtslehre durchaus formalistisch geworden. Erst die neuesten Mündlichkeitsordnungen gerathen wieder auf den wahren Gegensatz; blose Prozeßleitung und Kognition in der Sache selbst, woraus allein ein sachlicher Unterschied der Dekrete u. Bescheide hervorgehen kann.

fechtung durch Rechtsmittel zugänglich sind. Dieser Gegensatz, den die heutige Doktrin weit mehr, wenn nicht ausschließlich, nach dem Effekte, als nach den Voraussetzungen macht, kann nur historisch erklärt werden[1]).

I. Nach R. R. steht zunächst so viel fest, daß der eigentliche Träger der Rechtskraft die nach der Natur der letztern stets definitiv wirkende sententia judicis ist, welche entweder absolvirt oder kondemnirt[2]). Ihr stand jedoch das decretum des Prätors in dem Verfahren ohne Anordnung eines Judiziums gleich, wenn es sich auf wirkliche Sachuntersuchung gründete[3]). Mithin war der Rechtskraft fähig nur die endlich erledigende, in die Sache selbst (res)[4]) eingehende Entscheidung[5]). Erst im nachdiokletia-

---

1) Vernünftigerweise ist es für eine Darstellung der Rechtskraft die allererste Voraussetzung, daß man weiß, was ein der Rechtskraft fähiges Urtheil sei. Statt dessen reden so ziemlich Alle von der Rechtskraft der Urtheile, als ob Urtheil nach heutigen Begriffen das Nämliche sei, wie sententia des R. R., während doch Prozeß und Urtheil sich total umgewandelt haben. Darauf habe ich in meiner Schrift: „das Prinzip der Rechtskr. 1860" hinweisen wollen. S. aber auch über den höchst wesentlichen Zusammenhang des Prozeßkarakters und des Urtheils meine Beweislehre § 28. Denn um das Wesen der Rechtskraft (§ 145) zu erkennen, muß man erst wissen, welches Wesen die Sentenz hat. Statt dessen behelfen sich nicht blos die Prozeßlehrbücher, sondern meist auch die civil. Monographieen mit dem vagen Begriff: Erkenntniß, oder definiren das Erkenntniß (das rechtskräftige) eben nach der Wirkung.

2) S. § 142. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II § 111 z. A.; Endemann, Rechtskr. § 3.

3) Bethmann-Hollweg, das. § 122 z. A.

4) D. h. namentlich in die Untersuchung der Thatfrage. Denn nur wo Thatsachen streitig, kam es zu einem judicium. Endemann, das. § 2. — Damit ist von vorn herein angezeigt, wie wichtig gerade der Karakter der Judizialverhandlung als Grundlage der Sentenz und ihrer Wirkungen erscheint; das. § 3. — Vgl. hierzu überh. § 137.

5) Die denegatio actionis durch den Prätor in jure, die aus vielfachen Gründen vorkommen konnte (s. Rudorff, R.G. II § 70), wird nie als res judicata bezeichnet, am wenigsten in dem Fall, wo ausgesprochen wird, daß rechtlich die Klage nicht gegeben sei; Bekker, proz. Konsumt. S. 112 ffl., vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. § 86 Not. 22 ffl.; obwohl gegen solche Prätorendekrete Appellation möglich war; Bethmann-Hollweg, das. § 84 Not. 22 ffl. Denn Appellabilität und Rechtskraft sind von Haus aus keineswegs identisch. — Wie verfahren

nischen Prozeß bildete sich[6]) die absolutio ab observatione judicis s. ab instantia, ein Enderkenntniß, welches die nochmalige Geltendmachung desselben Anspruchs übrig ließ[7]). Damit war die alte Idee, daß nur die Entscheidung, welche die res in judicium s. cognitionem deducta ergriff und erschöpfte (§ 137, 15), als Judikat gelte, bereits verlassen und eine Endsentenz gegeben, die nur den Prozeß in dieser Form erledigte.

II. Im Kan. R. ging allmählig vollends jener definitiv erledigende Karakter der Erkenntnisse verloren[8]). Der formalistisch gewordene Prozeß erledigt überhaupt nicht mehr in wirklicher, auf materielle Wahrheit gerichteter Sachprüfung die dem Rechtsstreit unterliegende res, sondern nach juridischen Regeln[9]) allein die Klage so, wie sie vorliegt, das Vorbringen der Parteien (§ 137 a. E.). Die ganze causae cognitio besteht in der Beurtheilung der Legalität der einzelnen, getrennten Handlungen (§ 98). Wenn das der Fall ist, so ist nicht nur die absolutio ab instantia geläufig, sondern es läßt sich auch leicht der Prozeß in Stufen oder Abschnitte theilen, und das Erkenntniß, welches einen einzelnen Theil der Verhandlungen beurtheilt, muß innerlich gerade so bedeutend sein, wie die Schlußsentenz. Es erklärt sich mithin vollkommen, daß immer entschiedener Vorbescheide, sententiae interlocutoriae (§ 139, 11), gleich wie definitivae als rechtskräftige Bescheide gelten und daß das Kriterium des rechtskräftigen Bescheides schließlich nur noch in dem rein äußerlichen Umstande gefunden

---

wurde, wenn in jure eine Einrede, die zur Abweisung führt, liquid vorlag, — denn bei Illiquidität kommt es zur Anordnung des Judizisums —, welche Bedeutung alsdann das Erkenntniß des Prätors hatte, wie das Verhältniß der Präscriptionen u. dgl. m., bedarf noch sehr der Durcharbeitung. Anregung dazu (sehr verbesserungsfähig) s. Endemann a. a. O. S. 36 ffl.

6) Sicher anschließend an die denegatio actionis; s. die vorige Note.

7) Sie machte also keine res judicata im frühern Sinne mehr. Puchta, Kurs. II § 186; Bethmann-Hollweg III S. 292. — § 10 Inst. de exc. 4, 13; s. besonders über das Schicksal der Pluspetition Krüger, proz. Konsumt. S. 208.

8) Erinnerungen daran sind hie und da noch zu finden; s. Tancred. II, 4 § 2 (p. 139 v. 6).

9) Endemann a. a. O. § 18, bes. S. 175.

zu werden vermochte, daß eine zweiseitige Verhandlung vorausgegangen [10]).

III. Die Lehre des gemeinen Prozesses hat daher als Unterarten der rechtskräftigen Erkenntnisse:

A. Vorbescheide, welche einen einzelnen Abschnitt des Prozesses vor der Endsentenz erledigen. Von den einfachen Dekreten nur durch die vorangegangene Zweiseitigkeit unterschieden [11]), ist ihre Zahl geradezu unbegrenzt. Allein, wenn gegen jedes zweiseitig ergangene Vorerkenntniß als wirkliches Urtheil die Rechtsmittelanfechtung gewährt sein soll [12]), so führt das zu unerträglichen Zuständen. Während die ältere Doktrin [13]) den weitesten Begriff aufrecht erhielt, hat man neuerdings die Appellabilität der Zwischenerkenntnisse immer mehr zu beschränken gesucht (230, II). Abschneiden der Rechtsmittel aber ist in diesem Sinn Abschneiden der Rechtskraft oder Herabdrücken der Vorbescheide zu der Stellung einfacher Dekrete. Oft ist man bereits dahin gekommen, neben der Endsentenz nur die einen Haupteid auflegende, bzw. das Endurtheil blos noch von einem Eide abhängig machende Sentenz als einen der Rechtskraft fähigen Vorbescheid zu betrachten. Indessen herrschen in dieser Beziehung große partikularrechtliche Verschiedenheiten [14]).

B. Endsbescheide sind diejenigen, welche die Sache selbst oder wenigstens, wie jetzt in der Regel der Fall, den Prozeß endlich erledigen. Auch hier fehlt freilich das innere Fundament echter causae cognitio. Denn nicht nur, daß auch die Endsbescheide häufig nur formell erledigen (§ 137, 14), sind sie, wo der Rechtskraft fähige Vorbescheide vorausgingen, oft nur die Konsequenz der letztern und nicht das Resultat freier Prüfung des ganzen Prozeßinhalts.

---

10) Damit hängt dann auch zusammen, daß die Rechtskraft mit der Appellabilität identifizirt wurde. — S. daher § 230. 232, I.

11) Innerlich ist das kein Unterschied; die Zweiseitigkeit kann in Folge der contumacia eine blos fingirte sein; und durch Remonstration des Gegners gegen ein einseitig erlassenes Dekret wird allemal auch die Zweiseitigkeit hergestellt; Wetzell § 51, 41.

12) Vermöge eines der Doktrin nicht ungewohnten Cirkelschlusses.

13) S. z. B. nach Danz § 217: jede Entscheidung, „welche den Weg zum Endurtheil bahnt".

14) S. über die neuern Ges. Renaud § 175, 25 ffl. u. über das Beweisinterlokut unten § 157, III.

Ihrem Inhalte nach sind sie entweder:

1. den Kläger zurückweisende, bzw. den Verklagten absolvirende. Eine positive Kondemnation kann den Kläger, abgesehen von der Anstellung einer Widerklage [15]) oder im judicium duplex [16]), nicht treffen [17]). Die Abweisung kann aber sein

a. eine definitive, absolutio ab actione, sei es, daß der Grund in der Unstatthaftigkeit der Klage, in dem Mißlingen des Klagbeweises, oder in einer echten, nicht blos dilatorischen Einrede des Verklagten, dem Gelingen des Gegenbeweises u. dgl. liegt;

b. wie angebracht, absolutio ab instantia, Entbindung von der Klage wegen eines formellen Fehlers oder mangelhafter thatsächlicher Begründung derselben [18]).

2. oder den Verklagten verurtheilende, auf Grund der vorangegangenen Verhandlungen, die sehr verschieden sein können; namentlich mit oder ohne vorherige Beweisaufnahme [9]).

C. Es gibt auch gemischte Endurtheile [20]), welche theilweise kondemniren und theilweise absolviren; nicht blos bei objektiver oder subjektiver Klagenhäufung, indem die verschiedenen Klagposten oder Litiskonsorten ein verschiedenes Schicksal erfahren [21]), sondern auch bei einer einfachen Klage im Falle einer Zuvielforderung,

---

15) S. unten § 175; Wetzell § 46, 15.

16) Wetzell das. Not. 51; vgl. § 101, II 2.

17) Selbst nicht auf Grund einer Kompensationseinrede oder eines Retentionsanspruchs; s. § 170.

18) Wetzell § 46 z. A. rechnet die Abweisung wie angebracht nicht für ein wirkliches Endurtheil, weil eben die Klage doch von Neuem angestellt werden kann; s. auch § 47 z. A. Vom Standpunkt der röm. res judicata ganz konsequent. Aber nicht dem Standpunkt des gemeinen Prozesses entsprechend. Die Rechtsmittel finden zweifellos statt.

19) Im röm. Recht gibt es eine sententia ursprünglich nur da, wo Beweis stattgefunden. Denn ohne thatsächlichen Streit über die Klage oder Einrede kommt es nicht zu einem judicium. Und auch das decretum praetoris ist nur dann Judikat, wenn es causa cognita, über das Thatsächliche, entschieden hat. Endemann a. a. O. S. 42.

20) In einem andern Sinn kann man gemischte auch die nennen, welche theilweise endlich erkennen, theilweise interloquiren; Danz § 218; wie ebenwohl bei obj. Klagenhäufung möglich.

21) S. § 73, III; über obj. Häufung s. § 167 a. E.; D. E. § 249; Bair. E. Art. 242.

pluspetitio. Während nach älterem R. R. die Pluspetition jedesmal zur völligen Abweisung der Klage führte[22]), ist es nach späterer Ansicht[23]) dem Richter gestattet, soweit zu viel gefordert, abzuweisen und auf das rechte Maaß zu verurtheilen. So noch jetzt[24]).

D. Als Enderkenntnisse in diesem Sinn erscheinen ferner die sog. Bei- oder Nebenurtheile, welche einen einzelnen, aus der ganzen Sache ausgeschiedenen oder damit verbundenen Theil endlich entscheiden; die Präjudizial-, Theil- oder Inzidenturtheile[25]).

E. Endlich schließen sich die Bescheide an, welche Parteienakte des Vergleichs (§ 106, 5), der Anerkennung (§ 105, 31) oder des Verzichtes (§ 104, 14) bestätigen[26]). Man kann sie indirekt kondemnatorisch oder absolutorisch nennen, indem sie sich über die Verpflichtung der Parteien aussprechen, ihr Uebereinkommen zu erfüllen[27]); und jedenfalls werden sie, so weit ihre Dezisive reicht (§ 232, 4), als appellabel betrachtet.

B. Erfordernisse.

§ 141.

1. Der Verfügungen im Allgemeinen.

Martin § 107. 108; Linde § 168; Heffter § 484; Schmid § 88; Bayer § 134; Osterloh § 95; Renaud § 155.

I. Der Form nach sind die Verfügungen entweder schrift-

22) Wetzell § 46 Not. 33; Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 220; über die Gründe dieses nur vermeintlich formalistischen Satzes s. Endemann a. a. O. S. 14. — Korrespondirend der Wirkung der Minuspetition s. das. S. 53 u. unten § 165, 27.

23) § 33 Inst. de act. 4, 6; weil die alte Idee der totalen Konsumtion der res sich abschwächte. Wetzell 33.

24) Renaud § 151, 2. Vorbehaltlich des Einflusses auf die Kosten, s. § 138, 24a.

25) Sie sind in der That insoweit Endsbescheide. Es fragt sich nur eben, ob und wie weit die Prozeßordnung zusammenfaßt oder die Trennung gestattet; s. § 152.

26) Man könnte auch die Erkenntnisse, welche nach Ableistung des Schiedseides ergehen, dahin rechnen, wenn das jusj. delatum Vergleichsinstitut ist.

27) Da nach R. R. in solchen Fällen gar keine Sentenz erfolgt, so kann von Rechtskraft nicht die Rede sein und braucht es nicht, da die res

liche, oder mündliche[1]). Ueber die Art der Schriftdekretur, deren Abfaſſung und Ausfertigung beſtehen mancherlei geſetzliche und inſtruktionelle Vorſchriften. Sie müſſen im Durchſchnitt die Bezeichnung des Prozeſſes, der Streittheile, der Perſon, an die ſie gerichtet ſind, des Ortes und der Zeit etwaiger Ladung (§ 120, III), und das dekretirende Gericht erkennen laſſen[2]). Die Ausdrucksweiſe ſoll beſtimmt und deutlich ſein[3]). Welche Bedeutung etwaige Mängel der vorgeſchriebenen Form haben, die übrigens durch die Vermuthung der Legalität zum guten Theil gedeckt werden, läßt ſich allgemeinhin nicht ſagen. Die weſentlichen und unweſentlichen aufzählen zu wollen, iſt vergeblich (ſ. auch § 142 I a. E.).

Ausdrücklich braucht die Verfügung nicht immer zu ſein, wie die ſtillſchweigende Gewährung der Prorogation oder Reſtitution lehrt[4]).

II. Der Inhalt der Verfügung iſt das Ergebniß der nach dem Geſetz vorgenommenen Prüfung. Er muß der Lage der Sache und den Verhandlungen entſprechend, vollſtändig[5]) und geſetzlich ſein, widrigenfalls der Verfügung in irgend einer Geſtalt Anfechtung, bzw. Nichtigkeit droht.

Der Inhalt ſetzt ſich zuſammen aus der Deziſive und den Entſcheidungsgründen. Indeſſen ſind letztere zwar in Beſcheiden regelmäßig vorhanden (§ 142, II) und in den prozeßleitenden Dekreten nicht ausgeſchloſſen, mitunter ſogar zur Verſtändigung

---

transacta, confessio oder jusjurandum von ſelber wirkte, wie das Judikat (pro judicato).

1) Daß letztere, wenn auch mit hinzukommender Aufzeichnung, ſelbſt im ſchriftl. Verfahren vorkommen können, ſ. § 98. Osterloh Not. 2; z. B. auch kurze Weiſungen an den Gerichtsdiener; Martin, Vorl. I S. 540. Von den Protokollarverfügungen, die dem Protokoll inſerirt werden, läßt ſich keineswegs immer ſagen, daß ſie mündlich ertheilt ſeien. Vielmehr ſind ſie oft nur eine andere Form ſchriftlicher Dekretur. Renaud Not. 5.

2) Das Nähere gehört in das Civilprozeßpraktikum. — Manches ſ. bei Renaud a. a. O.

3) Auch würdig, wie Osterloh Not. 4 hervorhebt.

4) Stillſchweigende eigentliche Beſcheide gibt es freilich nicht.

5) D. h. ſo vollſtändig, als es die Prozeßordnung erheiſcht; vgl. § 42, 6. Nur ſo iſt das Erforderniß, vgl. Martin I S. 452 Not. 4, zu verſtehen.

der Parteien unentbehrlich und darum auch durch neuere Prozeßordnungen vorgeschrieben; aber häufig schrumpfen sie auf ein Minimum zusammen, oder fallen, weil selbstverständlich, ganz hinweg, so daß die Verfügung eben nur als kurzer Befehl auftritt. Nach älterem gemeinen Recht konnten die Parteien Mittheilung von Gründen überhaupt nicht verlangen [6]).

III. Die Art des Zustandekommens bestimmt sich nach der Gerichtsverfassung [7]). Fertig wird das Dekret durch Berathung und Beschluß, wozu im schriftlichen Prozeß Niederschrift und Unterzeichnung des bei den Akten des Gerichts aufzubewahrenden Konzeptes gehört [8]); aber wirksam erst durch die mit Willen des Gerichts erfolgende Bekanntmachung (§ 143) an die Parteien [9]). Vorher haben dieselben kein Recht daran. Das Gericht kann folglich bis dahin noch das beschlossene Dekret liegen lassen, verändern oder zurücknehmen [10]).

§ 142.

2. der Erkenntnisse, insbesondere der Endsbescheide.

S. die Citate des vorigen §.

Was die in § 140 dargestellten Erkenntnisse anlangt, so ist

I. die Form derselben im schriftlichen Prozeß die schriftliche [1]), dergestalt, daß ein blos mündlicher Bescheid gar nicht besteht [2]).

---

6) S. die Reichsges. bei Renaud Not. 19.

7) Bes. nach dem Unterschied der Einzel- und Kollegialgerichte; s. § 38. S. aber auch § 114, III.

8) Im mündlichen fällt dagegen die Ertheilung der Verfügungen und die pronuntiatio zusammen.

9) Wetzell § 67 Not. 40.

10) Daß vollends der blose Beschluß (conclusum) vor der Unterzeichnung des Dekretskonzeptes noch nicht den Parteien gegenüber bindet, versteht sich von selbst.

1) Schon das spätere R. R. forderte Aufzeichnung ante recitationem; L. 2. 3. Cod. de sent. ex periculo recit. 7, 44; Nov. 82 c. 5; desgl. das kanon. R. c. 4. 5. VI de sent. 2, 14. S. über die röm. Formen Bethmann-Hollweg II S. 628; III S. 292.

2) Renaud § 155. Anders bei Mündlichkeit; Han. P.O. § 354; Bad. P.O. § 361; s. Preuß. E. § 355; D. E. § 257; Bair. E. Art. 252; indem mündliche Ertheilung (nicht blos Publikation, Vorlesen s. § 143, 7)

Ueber die Art des Zustandekommens gilt das früher Gesagte (§ 38, II). Ueber die Redaktion und die Formalien[3]) gerade der Bescheide existiren vielerlei reglementäre Vorschriften, deren nähere Darstellung wiederum nicht hierher gehört[4]). Ob und welche Förmlichkeiten so wesentlich erscheinen, daß deren Mangel eine Nichtigkeit, zumal eine unheilbare begründet, läßt sich allgemeinhin, am wenigsten auf die Autorität der älteren ungleich formalistischeren Theorie hin nicht entscheiden. Abgesehen von der als nothwendig vorausgesetzten Schriftlichkeit kennt die heutige Ansicht wenig Erfordernisse, welche bei Meidung unheilbarer Nullität zu erfüllen wären. Sie prüft vielmehr logisch konkret, ob ein etwaiger Mangel so wesentlich erscheint, daß darum die Sentenz für null und nichtig gelten muß.

II. Der Bescheid setzt sich zusammen aus der Dezisive, in der eigentlich die entscheidende Verfügung steckt, und den Entscheidungsgründen. Letztere gelten nach der heutigen Praxis und den meisten Partikularrechten für die mit Rechtsmitteln anfechtbaren Bescheide in der Regel geradezu als nothwendig, wobei jedoch der Umfang sehr verschieden sein kann[5]). Sie enthalten die Richterreflexion und damit die Quelle für Auslegung der Dezisive (§ 145, II).

III. Die Dezisive muß bei allen Erkenntnissen bestimmt,

---

mit erst nachfolgender schriftl. Abfassung gestattet ist. Die mündl. oder schriftl. Form des Bescheides alterirt die Mündlichkeit des Verf. nicht.

3) Römischrechtliche s. Bethmann-Hollweg II S. 627; über die mittelalt. Lehre s. die Zusammenstellung bei Vant. tr. de nullit. tit. 13 nr. 69 sqq.; über die deutsche Praxis Brunnem. § 27.

4) Vgl. über Einiges Renaud § 155. Han. P.O. § 359; Bair. E. Art. 241; D. E. § 258.

5) Nach R.R. nicht geboten, Bethmann-Hollweg II S. 627. 650. III S. 292; dafür die Rechenschaftsberichte des judex a quo an den Appellationsrichter seit Entstehen der Appellation. Savigny, Syst. VI S. 369; Wetzell § 46 Not. 10. Ebenso das Kan. R. c. 16 X. de sent. 21, re jud. 2, 27, cf. Durant. II, 3 de sent. § 5 nr. 14 u. dazu Tancred. VI, 1 § 5, u. über die Form Cyn. in L. 13 § 9 Cod. de jud. 3, 1; Alex. Tartagn. cons. VI 113 nr. 28. Bestimmter verlangt in den R.-Ges. J.R.A. § 60. 61; R.H.O. von 1654 IV 18, V 18. Jetzt Recht der Parteien s. Seuffert XIV, 170. — Bad. P.O. § 368; Preuß. E. § 352. 354; Old. P.O. Art. 124; Han. P.O. § 356; D. E. § 258 Nr. 5.

deutlich, nach Lage der Sache vollständig sein[6]), in Endsbescheiden eine bestimmte Kondemnation oder Absolution enthalten[7]). Der Umfang derselben begrenzt sich durch die Verhandlungsmaxime, insofern niemals ultra petita erkannt werden darf (§ 99, II B. u. A. a. E.). Bestimmte Formen und Formeln sind zwar üblich, indessen nicht wesentlich.

Was insbesondere die Enderkenntnisse anlangt, so ergibt sich der Umfang der Absolution durch die Bezugnahme auf die Klage[8]) oder deren betreffenden Theil. In kondemnatorischen muß der Gegenstand der Verurtheilung, sowohl in der Hauptsache, wie in Nebenleistungen, deutlich ausgedrückt sein. Das Urtheil ist darin von den Anträgen abhängig, indessen genügt hinsichtlich der Accessionen, Früchte, Zinsen und Kosten schon allgemeiner Antrag, wenn er nicht sogar supplirt wird[9]). Die Verurtheilung, welche nach R. R. ursprünglich nur auf eine bestimmte Geldsumme lauten durfte[10]), richtet sich heut' zu Tage bei Klagen auf Leistung von Sachen, fungibele, wie nichtfungibele, zweifellos auf dasjenige, was gefordert

---

6) Renaud § 151. — Ueber die Mittel wider deshalbige Mängel s. § 232, 3.

7) L. 1 de re jud. 42, 1; L. 3 Cod. de sent. 7, 45.

8) Von der definitiv, oder angebrachtermaßen absolvirt wird; s. § 140. Aber nur um die Absolution von der Klage handelt es sich nach der Verhandlungsmaxime (§ 99, 25), nicht um defin. Freisprechung von jedem Klagrecht (res).

9) S. § 99, 24. D. E. § 252 (nur über Kosten ex off.). S. oben § 138, IV.

10) Gai. IV § 48. 52; Puchta, Kurs. II § 166; Rudorff, R.G. II S. 259; Bethmann-Hollweg, Civ.-Pr. II S. 629. — Denn nur darauf konnte exequirt werden (§ 252, I). Mithin war auch nur darauf das Judikat zu stellen. D. h. nach röm. Begriffen kann auch die Sentenz, sei es eines judex, sei es eines magistratus, dem Einzelnen nicht zumuthen, aus dem streng geschlossenen Kreis seines Privatbesitzes irgend etwas Anderes herauszugeben, als die Allerweltssache Geld, an welcher, da sie zum Umtausch, Cirkuliren bestimmt ist, ein eigentlicher Eigenbesitz, Eigenthum in dem Sinn, wie an andern Dingen, gar nicht existirt. So fest ist der Kreis des Privatbesitzes, daß nicht einmal die Kondemnationsfloskel innerhalb desselben andere Sachen antasten darf, geschweige denn die wirkliche Exekution. — S. über den röm. Geldbegriff Endemann, H.R. § 79 I. — Aushülfe bei act. in rem. durch ein arbitrium de restituendo und in extraord. cognit. Wetzell § 46 Not. 19 ffl.

wird[11]); ebenso kann sie auf Leistung einer Arbeit (facere) oder Gewährung eines non facere[12]) gehen[13]). Bei dinglichen Klagen wird die Anerkennung des klägerischen Eigenthums=, Servituten= Pfandrechts u. dgl. ausdrücklich ausgesprochen, wovon denn die dem Verurtheilten auferlegte Leistung die Konsequenz ist; bei Klagen aus Obligationsverhältnissen nur die schuldige Leistung.

Indessen wird mitunter, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen oder Interesseleistungen, wie bei den Prozeßkosten (§ 138, 50), zunächst blos das Recht im Ganzen zuerkannt. Alsdann knüpft sich an das Urtheil behufs Feststellung des exigibeln Betrags noch das sog. Liquidationsverfahren an; ein getrennter Abschnitt, in dem auf Grundlage des Urtheils die quantitative Feststellung durch Verhandlung der Parteien, Beweis und Erkenntniß erfolgt[14]), oder sogar ein völlig für sich bestehender Prozeß[15]). Auch bei Kondemnation zur Herausgabe eines ganzen Vermögens oder Vermögenstheils, selbst einer Sachengesammtheit, herrscht eine quantitative Unbestimmtheit, die gehoben werden muß, ehe eine direkte Vollstreckung möglich wird[16]). Ferner wird öfter auf Theilung erkannt, vorbehaltlich der näheren Ausführung. Es soll ferner nach der gewöhnlichen Annahme nur auf fällige Leistungen erkannt werden. Jedoch läßt man auch bei rein obligationsmäßigem Karakter einen Ausspruch über das Recht zu

11) So schon nach just. R. Bethmann=Hollweg III § 156, 22 ffl.; Wetzell Not. 22; Renaud § 151, 4.

12) Nach R. R. nicht. Wetzell § 50, 92; Bethmann=Hollweg das. Not. 25; aber nach der heutigen Praxis, Renaud Not. 5.

13) Weil nach den heutigen Werthansichten kein innerer Unterschied zwischen diesen Leistungen ist. Alle sind Werthe. Endemann, H.R. § 74 ffl.

14) Ob man diesen Abschnitt zur Exekutionsinstanz rechnet, oder nicht, ist sehr gleichgültig. Martin § 266. Mitunter wird jedoch bei „reinen“ Schadensersatzklagen sofortige Spezifikation durchaus erheischt. Seuffert XIV, 269; XV, 215.

15) Anknüpfungen schon im R. R. s. Wetzell Not. 27 u. Bethmann=Hollweg, Civ.=Proz. II S. 624; vgl. auch Renaud § 219 z. A. u. 88, 21. — Ueber die Anwendung des juram. in litem s. § 205.

16) Vermittelt durch Inventur, Spezifikation, bzw. Manifestationseid; s. § 206. Ebenso Feststellung der Früchte, Akzessionen u. dgl. Renaud S. 208.

wiederkehrenden Leistungen blos im Ganzen zu[17]). Ja, die neuere Praxis zeigt sich immer geneigter, allgemeinhin eine Klage und Sentenz auf Anerkennung des Obligationsrechtes im Allgemeinen, abgesehen von der unmittelbaren Konsequenz einer reellen Leistung, zuzulassen[18]). Ueberhaupt kann man von dem Erforderniß völlig bestimmten Ausdrucks der Kondemnationsleistung in dem Maße absehen, als noch nachträglich quantitative Feststellung derselben in einem Liquidationsverfahren oder besondere Feststellung der qualitativen Exigibilität (§ 251, II A.) stattfindet.

Kein Endurtheil kann so kondemniren, daß die Leistung von einer Bedingung abhängig gemacht wird[19]). Allein dies schließt nicht aus, daß der Richter doch die Kondemnationsleistung von gewissen Voraussetzungen abhängig macht. So von der vorgängigen Leistung einer Kaution, z. B. de restituendo oder de non amplius turbando[20]); oder unter Vorbehalt eines (illiquiden) Kompensationsanspruchs u. dgl. zu separater Ausführung. Mitunter wird, wo eine Retentionseinrede vorgeschützt und begründet befunden ist, nicht die Klage zurückgewiesen[21]), sondern verurtheilt zur Herausgabe der Sache nach Lösung derselben aus dem Retentionsrecht[22]). Endlich wird häufig bei Klagen aus Verträgen, durch welche beide Theile dergestalt Leistungen übernommen haben, daß keine der andern vorauszugehen braucht, zur Leistung Zug um Zug, d. h. gegen Empfang der Gegenleistung, verurtheilt[23]).

---

17) S. über gewisse Bedenken Wetzell § 47 Not. 103 u. (dagegen) Renaud § 88, 23.

18) Bähr, Anerkennung § 69; u. oben § 2, 32.

19) L. 1 § 5 quando sit app. 49, 4. Wieder um der Exigibilität willen. Sonst würde nur folgen, daß die Erfüllung abgewartet werden muß, wie dies auch bei der (zulässigen) Betagung geschieht; L. 4 § 5 de re jud. § 42, 1. Das Paritorium ist nichts Anderes; s. § 255, II. Ueber bedingte Endurtheile in ganz anderem Sinn vgl. § 139, IV A. 2.

20) Wetzell § 46 Not. 36 ffl.; Renaud § 151, 17; obwohl solche Kautionen jetzt lieber durch direkte Befehle ersetzt werden; s. § 131.

21) Wie immer in der Praxis doch die Regel.

22) Wetzell Not. 51.

23) S. darüber u. den Zusammenhang mit der oblatio in der Klage Endemann, H.R. § 109. 19. — Ueber Kondemnation mit Vorbehalt der Geltendmachung gewisser Einreden u. dgl. in separato s. Renaud S. 399 a. E. u. unten § 153.

IV. Um die Wirkungen der Rechtskraft zu produziren, muß das Erkenntniß

A. prozeſſualiſch rechtsbeſtändig, d. h. im legalen Verfahren, in legaler Form[24]), unter den prozeßfähigen Parteien oder deren legitimirten Vertretern[25]), von dem kompetenten Richter[26]) ertheilt, außerdem aber auch bekannt gemacht[27]),

B. materiell rechtsbeſtändig, d. h. übereinſtimmend mit dem Recht, phyſiſch und rechtlich möglich ſein[28]), wohin namentlich auch gehört, daß es nicht etwa contra rem judicatam[29]) verſtößt[30]).

Allein, während nach R. R. jede eigentliche Illegalität die Sentenz nichtig machte und entkräftete, läßt die Künſtlichkeit unſeres Rechtszuſtandes nicht mehr zu, daß jede Illegalität zu dieſem Reſultate führt. Nur noch Hauptgeſetzwidrigkeiten machen das Erkenntniß eo ipso, und ſelbſt dieſe kaum, nichtig. Nach dem Karakter unſeres Gerichtsweſens muß die äußerlich vorhandene Sentenz, wenn ſie auch an einer Illegalität leidet, erſt durch deren poſitiven Nachweis im Wege eines Rechtsmittels hinweggeräumt werden[31]). Je weniger aber die Unverbindlichkeit eines gegen

24) L. 1 de re jud. 42, 1. L. 3. 4 Cod. de sent. 7, 45; jetzt muß beſ. hervorgehoben werden: in zweiſeitigem Verfahren, ſ. § 98.

25) Nach R. R. nur unter lebenden Parteien; L. 2 pr. de re jud. 42, 1; jetzt auch gegen die Erben, die der procurator kraft der clausula heredum mitvertritt; ſ. § 93, II a. E.

26) L. 2 p. § 1 de judic. 5, 1.

27) S. § 143. — Vgl. überhaupt Endemann, Prinz. d. Rechtskr. S. 33 ffl. Dieſe römiſchrechtlichen Erforderniſſe bleiben, wenn auch nicht durchweg, doch im Ganzen dieſelben für uns, wenn auch das Weſen der Rechtskraft ſich geändert hat; ſ. daſ. S. 170.

28) L. 19 de app. 49, 1; L. 1 § 2. L. 3 quae sent. 49, 8; L. 32 de re jud. 42, 1.

29) Soweit deren Bindung für die Parteien reicht; Tancred. IV 2 § 3; ſ. § 145 ffl. Sonſt tritt Nichtigkeit ein; vgl. § 243, II B. 2.

30) L. 1 Cod. quando prov. 7, 64; L. 1 Cod. sent. resc. 7, 50. Endemann, daſ. S. 35; über die betr. Gründe ſ. Renaud § 184, 23 ffl.

31) Vgl. über dieſe weſentlich vom klaſſiſchen R. R. abweichende Auffaſſung, die ſich im Syſtem der Rechtsmittel kundgibt, Endemann, daſ. S. 170. Auch das wird in der Regel ganz überſchlagen.

das Gesetz verstoßenden Erkenntnisses von selbst eintritt und je breiter die Gelegenheit gegeben ist, dasselbe durch Rechtsmittel anzufechten, desto mehr erscheint die Rechtskraft erst positiv mit der Ausschließung der Anfechtbarkeit festgestellt[32]). In diesem Sinne hängt die Rechtskraft erst davon ab, daß durch Ablauf der wenigstens den ordentlichen Rechtsmitteln, und namentlich der Appellation (§ 232), gesetzten Fristen, durch Erschöpfung der Instanzen, durch Verzicht oder Ausschließung der Anfechtungsmittel, oder durch Anerkennung der Sentenz die Anfechtung ausgeschlossen ist. Als Anerkennung aber gilt nicht nur ausdrückliche Erklärung, sondern auch jede konkludente Handlung, welche bei bestehender Möglichkeit des Rechtsmittelgebrauchs eine Unterwerfung unter die Sentenz darstellt[33]).

§ 143.

C. Die Bekanntmachung.

Martin § 109; Linde § 170; Heffter § 204; Schmid § 89; Bayer § 135; Osterloh § 97; Wetzell § 67 Not. 26 ffl.; Renaud § 156.

Alle Gerichtsverfügungen, Dekrete und Bescheide, sei es, daß sie an eine, oder an beide Parteien, oder an eine dritte Person gerichtet sind, treten erst in Kraft durch die gehörige Bekannt-

32) Eine Vorstellung, die erst mit der Ausbildung des Rechtsmittelsystems u. bes. der Appellation (s. § 227) entstehen konnte; cf. L. 2 Cod. quando prov. 7, 64; L. 1 § 3 a quib. app. 49, 2. — Die Römer nennen das Urtheil res judicata, auch wenn noch ein Rechtsmittel möglich; L. 7 pr.; L. 11 de transact. 2, 15; anders dagegen das Kan. (c. 13. 15 X de sent. 2, 27) u. moderne Recht. Savigny VI S. 298. Jetzt wird gleichsam, wo die Anfechtbarkeit gegeben ist, die Neigung zur Anfechtung präsumirt, bis das Gegentheil offenbar (vgl. § 232, III, auch über den Zusammenhang der Fatalien); Bayer § 139. — Das gilt bes. von der Vollziehbarkeit im Sinne des § 251; aber auch die exc. rei jud. tritt erst ein, wenn das Urtheil nicht mehr der Anfechtung unterliegt. Daher denn die Belehrung über die Rechtsmittel mitunter ausdrücklich vorgeschrieben wird (s. z. B. Bad. P.O. § 369), die indessen bei rechtskundigen Vertretern sicher überflüssig erscheint.

33) So Befolgung, selbst theilweise, des Judikats, Bitte um Frist, Restitutionsgesuch, das Anerkennung der Sentenz involvirt (§ 247, 8) u. dgl. Wetzell § 54, 17—21; Renaud § 158, 7 ffl.

machung, welche nach gemeinem Recht von dem Gericht selbst, oder nach dessen Willen durch die Gerichtsdiener zu bewirken ist [1]). Eine nicht mit Willen des Gerichts erfolgte Bekanntmachung bleibt wirkungslos. Bis zu der Veröffentlichung oder Zustellung existirt die Verfügung, auch wenn sie konzipirt, unterzeichnet oder ausgefertigt ist, nur für das Gericht, welches daher bis dahin die freie Disposition behält [2]). Und eine Verfügung, die ihnen gar nicht oder nicht in der gehörigen Weise bekannt gemacht worden, existirt für die Parteien oder Betheiligten nicht, braucht also auch nicht respektirt zu werden [3]). Allein, was ordnungsmäßige, legale Bekanntmachung sei, darüber denkt die heutige Ansicht ganz anders, minder formell, als die ältere.

Es gibt zwei Arten der Bekanntmachung:

I. Mündliche Eröffnung, publicatio s. strict., promulgatio. Sie geschieht durch das Gericht, den Vorsitzenden, Referenten, Sekretar, oder sonstigen Gerichtsangehörigen an die präsente Partei, deren Anwalt, oder die dritte Person (z. B. Zeugen) in faciem. Dem mündlichen Verfahren eigen [4]), kann diese Form auch dem schriftlichen Prozeß verbleiben, sobald terminlich gehandelt wird, d. h. die in Kenntniß zu setzende Person von selbst [5]) oder auf vorherige Ladung präsent ist. Die Theorie hält sie noch als die eigentliche Regel fest; daher sie die Insinuation nur eine Bekanntmachung in vim publicati nennt [6]). Dabei setzt sie freilich stets voraus, daß, was namentlich im mündlichen Verfahren keineswegs nothwendig der Fall zu sein braucht, die zu eröff-

---

1) S. dagegen unten III.

2) S. § 141, III; über die Wirkung der Publikation § 144. 145.

3) Es läuft am Ende auf dasselbe hinaus, ist aber doch karakteristisch, daß man meist lieber sagt: die Verfügung, wenn nicht rite publizirt, ist null und nichtig, d. h. nach heutiger Idee (§ 24, 2): sie existirt doch bis zur Hinwegräumung. Renaud § 184, 17.

4) Daher im R. R. die gewöhnliche Form; s. Puchta, Kurs. II § 175 Not. i; Rudorff, R.G. II S. 257; Bethmann-Hollweg II S. 628; III S. 292. Auch im Kan. und altdeutschen R. Wetzell Not. 31 — S. jetzt Han. P.O. § 354; Bad. § 227. 361; Preuß. E. § 355.

5) Renaud Not. 3.

6) Begreiflich, insofern vermeintlich der gemeine Prozeß noch immer terminlich sein soll; s. § 96.

nende Verfügung bereits schriftlich redigirt vorliegt, wonach denn die Publikation nichts Anderes als ein Vorlesen[7]) derselben darstellt[8]). Die früheren Solennitäten[9]) sind meist antiquirt oder blose Reglementsvorschriften[10]); das Wesentliche ist, daß die erschienenen Betheiligten deutlich verständigt werden. Gegen nicht erschienene, aber gehörig unter diesem Präjudiz vorgeladene gilt die Publikation als geschehen[11]). Jeder Betheiligte hat stets das Recht, eine Ausfertigung zu erbitten[12]). Eine wirkliche Bekanntmachung an nicht präsente Personen kann mündlich nur durch dazu beauftragte Beamte stattfinden. Indessen eignet sich handgreiflich dieses, früher nicht unübliche Verfahren[13]) nur für gewisse Akte und ist heut' zu Tage höchstens bei kurzen Weisungen noch üblich[14]).

II. Insinuation, Zustellung, kommt als Regel im schriftlichen Verfahren vor, kann aber auch im mündlichen Verfahren[15])

---

7) So nach spät. R., Kan. R. u. Reichsges. gemeint; s. Not. 4 und Renaud Not. 1—3 (ex scripti recitatione). Das bezeichnet nach dieser Seite hin blose Scheinmündlichkeit.

8) Ebendeshalb eine sehr untergeordnete Manipulation, die nicht der Richter selbst (cf. Nov. 60 c. 2) vorzunehmen braucht, sondern ebenso gut einem Subalternen überlassen kann.

9) Die Wetzell a. a. O. erwähnt; cf. Tancred. IV 1 § 5; Durant. II, 3 de sent. § 5; Vant. tr. de null. tit. 13 nr. 81 sqq. u. insbes. über Bekanntmachung der citationes Scacc. de jud. I c. 35 sqq. (per lit., edictum, campanam, proclama etc.).

10) Wie z. B. ob der eine Sentenz publizirende Richter stehend, bedeckten Hauptes u. dgl. pronuntiiren soll.

11) Ebendeshalb ist sie im schriftl. Prozeß eine unnütze Form, die nur mehr Kosten und Weitläufigkeiten macht, als die Insinuation. — Gaill. I obs. 109. Wetzell Not. 41; Renaud Not. 4.

12) Was bei mündl. Verfügungen voraussetzt, daß sie schon redigirt sind; vgl. § 142, 1. Wo dies nicht der Fall, wird das mündlich publizirte und erst nachher redigirte Urtheil dann in Ausfertigung insinuirt.

13) Bethmann-Hollweg III § 152, 37; c. 6 X. de dolo 2, 14; Durant. II, 1 de citat. § 4 nr. 5 sqq. (per vivam vocem).

14) Um so unüblicher, je mehr Lesekenntniß vorausgesetzt werden kann. Mit einem gewissen Recht gilt die mündl. Ladung für unnobler, als die schriftliche, sei diese auch nur Vorweisung.

15) Die Beispiele bei Wetzell Not. 42. 43 haben keineswegs eine

und muß dort gewählt werden, wenn, wie namentlich bei Ladungsdekreten immer der Fall, die Bekanntmachung an nicht anwesende Personen erfolgen soll. Der Inhalt der Verfügung ist dabei an sich gleichgültig; indessen macht man nicht selten den Unterschied, daß eigentliche Bescheide in der unter I. erwähnten[16]), Dekrete dagegen in der hier zu beschreibenden Form bekannt gemacht werden.

A. Im Verkehr der Gerichte, vorgesetzter mit den untergeordneten, wie besonders im Appellationsverfahren, oder koordinirter bei Requisitionen ist unmittelbare schriftliche Zusendung durch Boten, die Post oder andere Transportmitttel eigentlich allein gebräuchlich[17]).

B. Im Verkehr des Gerichts mit den Parteien oder Dritten aber wird so verfahren:

1. Das Gericht stellt die Verfügung, Dekret oder Bescheid, und zwar von Amtswegen, dem zu diesem Behufe bei ihm angestellten (§ 37) Gerichtsdiener zu[18]), welcher schon dadurch nach Maßgabe seiner Dienstanweisung oder allenfalls in außergewöhnlichen Fällen nach besonderer Ordre zur Vollziehung beauftragt erscheint[19]).

2. Die Insinuation muß an die in der Verfügung bezeichnete Person erfolgen. Sie kann, muß aber nicht unbedingt[20]), an

---

besondere Qualifikation. Ebenso kann bei jeder andern Verfügung verfahren werden. Daß schon im R. R. (Bethmann-Hollweg III § 152, 38. 39), vollends im Kan. R. (s. Durant. l. c. § 5) und nach Reichsges. diese Art der Publikation vorkommt, s. das. Not. 43; namentlich bei Citationsdekreten; Carpzov. proc. jur. VII 1 nr. 45.

16) Eine pure Formalität, für die man vergebens innere Gründe sucht und die nur den Vorzug der Weitläufigkeit hat, wenn die Publikation doch nichts Anderes ist, als ein Vorlesen, Anhören und Abschriftbitten.

17) S. auch Durant. l. c. § 5.

18) Nach ält. Recht fand auch Zustellung durch einen Notar, K.G.O. v. 1555 I, 39, oder sogar durch Privatpersonen, oder durch die Partei selbst statt; Renaud Not. 23. 24. Davon weiß das neuere gem. Recht Nichts mehr. S. jedoch unten Nr. III.

19) Seine Legitimation für den einzelnen Fall liegt darin, daß er die schriftliche Ausfertigung in Händen hat.

20) Sie kann aus bewegenden Ursachen auch dann an die Partei selbst erfolgen, wenn diese einen Vertreter hat. Dabei ist es denn eine weitere,

den Anwalt bewirkt werden, da auf Grund des vermuthlich gewollten Umfangs der Stellvertretung (§ 89, 18 a) als Regel anzunehmen, daß der Anwalt, und nicht die Partei selbst, die Verfügungen entgegennehmen soll. Mitunter wird, freiwillig oder gezwungen (§ 86, 12), gerade behufs der Insinuation ein besonderer Vertreter, Insinuationsmandatar genannt, bestellt.

Die Zustellung für Korporationen, so lange kein Prozeßvertreter da ist, geschieht an deren Direktion, für den Fiskus an die betreffende Verwaltungsbehörde, für Handels- und andere Gesellschaften an deren geschäftsführende Mitglieder oder Vorstände [22]).

Die Insinuation erfolgt an die hiernach sich ergebende Person

a. womöglich ad manus s. ad faciem, d. h. an den Adressaten selbst, sofern er anzutreffen ist. Die schriftliche Ausfertigung des Gerichtsaktes wird demselben übergeben [23]), oder, wie bei manchen Arten von Verfügungen, z. B. bei Zeugenladungen, oder Cirkularverfügungen [24]) üblich, vorgelesen [25]). Die Zustellung soll, Ausnahmen im Falle besonderer Gründe vorbehalten, nicht an einem Feiertag, auch nicht zu ungeeigneter Tageszeit geschehen [26]). Sie soll gewöhnlich im Wohnhause oder Ge-

---

rein konkrete Frage, ob die Partei bei Insinuation an sie selbst voraussetzen darf, daß auch die (sonst übliche) Insinuation an den Anwalt geschehen sei; wie dies für die Restitution (sine culpa partis) erheblich werden kann. Seuffert XV Nr. 174.

22) S. z. B. Han. P.O. § 121; Preuß. E. § 148 ffl.; Bad. P.O. § 239. Ueb. Zustellung an die off. Handelsges. s. H.G.B. Art. 117; Kommanditges. Art. 167; Aktienges. Art. 235.

23) Daran war in alten Zeiten schon wegen der Schreibensurkunde so wenig zu denken, daß sich erklärt, warum damals die Insinuation nicht üblich war.

24) Solche werden, um Ausfertigungen zu sparen, wo mehrere Streitgenossen, Konkursgläubiger u. dgl., trotz der Reichsges. (Wetzell Not. 61) den übrigen nur vorgelesen, dem letzten zugestellt. — Preuß. E. § 201.

25) Indeß ist das Recht auf eine Ausfertigung auch hier nicht zu versagen. Das Vorlesen ist eigentlich nur eine Art der mündlichen Publikation durch einen Dienerboten anstatt durch das Gericht selbst; aber bequemer. —

26) S. § 54, II. Wetzell § 66 Not. 67. — Han. P.O. § 127; Preuß. E. § 156. 157.

schäftslokal des Adressaten[27]), kann aber auch eventuell an einem andern Aufenthaltsorte vorgenommen werden[28]). Eine unrechtmäßige Insinuation braucht nicht angenommen zu werden. Wenn dagegen eine rechtmäßige Zustellung anzunehmen verweigert wird, gilt sie als geschehen[29]). Bei vollzogener Zustellung ad praesentem steht rechtlich fest, daß der Adressat die Kenntniß des Inhaltes, die er somit erlangen konnte, wirklich erlangt hat[30]). Indessen kann der Beweis des Gegentheils, insbesondere einer trotzdem verbliebenen schuldlosen Unkenntniß, z. B. behufs Erlangung von Restitution, nicht versagt sein[31]).

b. oder ad domum, indem, wenn der Adressat selbst nicht anzutreffen[32]), oder nicht zugänglich ist, aushülfsweise die Ausfertigung an Familienglieder, Hausgenossen, Nachbarn oder den Ortsvorstand[33]) zur Besorgung abgegeben, oder äußersten Falls an die Thür angeheftet wird[34]). Nach der gemeinen Ansicht ist jedoch diese Art von Zustellung ein Versuch, den Adressaten in Kenntniß zu setzen, der nur eine vorläufige, durch den Beweis des Gegentheils zu entkräftende Vermuthung der erlangten Kennt-

---

27) K.G.O. 1555 I 38 § 16; Lüb. P.O. § 50; Bad. P.O. § 228.

28) Mit Vermeidung der Insinuation an ganz unpassendem Orte, Wetzell § 67 Not. 71; worüber die Instruktionen das Nähere besagen.

29) Wetzell Not. 72. — Konz. der R.K.G.O. von 1613 I 51 § 9. 12. 16; K.G. Canzleyord. v. 1662 § 1. 31. Der Diener soll die Ausfertigung in solchem Falle liegen lassen. Preuß. E. § 163.

30) Ob auch die Person (Partei), die durch den Adressaten (Vertreter) erst Kenntniß erlangen sollte, ist damit nicht entschieden.

31) Nicht einmal die Zustellung ad praes. schafft also eine praesumtio juris et de jure der Kenntniß. Vgl. Wetzell Not. 125.

32) Ohne daß der unter IV zu berührende Fall vorhanden, also nicht etwa überhaupt der Wohn- oder Aufenthaltsort ungewiß ist.

33) Wetzell Not. 73 ffl.; Renaud S. 416; s. Walther im Archiv für prakt. R.W. X S. 393. — Han. P.O. § 122; Bad. P.O. § 228 ffl.; Preuß. E. § 159 ffl.

34) Carpzov. proc. jur. VII 1 nr. 61; bei Durant. l. c. § 5 nr. 16 sqq. wird nur für die mündliche Ladung Aehnliches erwähnt. — Wetzell Not. 76; Renaud Not. 17. 18. Eigenthüml. Form (distringas) in England s. Rüttimann § 171 ffl.

niß schafft[35]), während freilich auch umgekehrt, wenn feststeht, daß die Kenntniß der Verfügung wirklich erlangt worden ist, sich nicht auf eine Mangelhaftigkeit der Insinuationsvollziehung berufen werden kann, sofern sie nicht als absolute (unheilbare) Nichtigkeit erscheint[36]).

Ueber die Vollziehung in der einen oder andern Weise hat der Gerichtsdiener zu referiren[37]) und der dabei interessirten Partei Bescheinigung, als Grundlage der Ungehorsamsbeschuldigung, zu ertheilen[38]). In der Relation genießt der Gerichtsdiener vollen Glauben[39]).

Nur innerhalb des Gerichtsbezirks kann eine solche Insinuation von dem eigenen Gerichtsdiener vollzogen werden. Soll auswärts insinuirt werden, so bedarf es der Requisition[40]).

Als noch einfacheres Mittel aber ist

c. in der jüngsten Zeit vielfach die Zustellung durch die Post üblich geworden, die insbesondere auch stattfinden kann, wo der Adressat nicht im Gerichtsbezirke wohnt, bzw. dort keinen Mandatar hat[41]).

---

35) Renaud Not. 19. — Freilich genügt nach dem strenger präklusiven Karakter des Prozesses (§ 112) nicht blose formlose Entschuldigung und Darlegung der Nichtkenntnißnahme, sondern es bedarf der Form der Restitution gegen die an sich vorhandene, auf die Präsumtion der Kenntniß gegründete contumacia.

36) Ueberhaupt erscheinen nach der heutigen Auffassung die meisten Mängel unerheblich, wenn nur der Zweck der Kenntnißnahme erreicht ist. Früher war das ganz anders; cf. z. B. die sehr umfassende Darstellung dieser Lehre bei Marant. VI de citat. nr. 42 sqq.; Carpzov. l. c. art. 2. auch R.K.G.O. von 1555 I 38 § 22.

37) Durch Meldung zu den Akten, Einreichung des Insinuationszettels, oder Vorlage seines Buches. Das Nähere besagt die Instruktion. Welch' unglaubliche Schwierigkeiten sich darin die schemat. Doktrin machte, s. Scacc. de jud. I c. 48 sqq. Danz § 115.

38) S. über den antibiblos des späteren R. R. Bethmann-Hollweg III S. 249.

39) S. über die Zustellungsurkunde Lüb. P.O. § 53; Han. P.O. § 129; Bad. P.O. § 233; Preuß. E. § 166. Gemeinrechtlich meist durch Notiz auf dem Duplikat, Registratur in die Akten, oder Relationszettel. Das ist denn die Grundlage der accusatio contumaciae s. § 123, II A 2.

40) S. § 46. Renaud Not. 27.

41) Han. P.O. § 123; Bad. P. O. § 242. Warum auch nicht? Denn

III. In neueren Prozeßordnungen wird mitunter die wesentlich andere, übrigens ähnlich schon früher gebräuchlich gewesene [42]) Anordnung getroffen, daß alle Verfügungen der betreibenden Partei vom Gericht ausgeantwortet (extradirt) werden, welche nun ihrerseits ohne Mitwirkung des Gerichts durch Gerichtsboten, Vollstrecker oder Huissiers (§ 37, 7) die Zustellung bewirken lassen muß [43]).

IV. Wenn die Verfügung gewiß oder voraussichtlich auf dem bisher beschriebenen Wege nicht zur Kenntniß des Betheiligten gelangen kann, nämlich

A. da, wo der Aufenthalt der bekannten Person unbekannt ist [44]), — denn hier ist nicht einmal insinuatio ad domum im obigen Sinne möglich, weil keine Aussicht, auf deren Wege die Kenntniß zu erzielen —, so bleibt Nichts übrig, als mit sog. Ediktalien, welche durch Anschlag am Gerichtsbrett, Rathhause oder einer sonstigen öffentlichen Stelle, und durch Insertion in mehreren Zeitungen zu veröffentlichen sind [45]), vorzuschreiten [46]).

---

die Post ist eben so zuverlässig, wie ein Gerichtsdiener. Aber es ist gegen die in § 37, 5 bezeichnete Idee.

42) Wenigstens für Dekrete; s. Wetzell Not. 57; Renaud Not. 25 nicht blos bei den Reichsgerichten; s. Carpzov. l. c. (Not. 36) u. oben Not. 18.

43) Von Anwalt zu Anwalt sogar ohne alles Zwischenbesorgen. — Indessen ist die Durchführung dieses „Selbstbetriebs" sehr verschieden. S. Han. P.O. § 118; Bad. P.O. § 232; D. E. § 160; Preuß. E. § 142 u. s. w. — In England durch den Sheriff u. sein Unterpersonal s. Rüttimann § 90 ffl.

44) Wetzell § 67 Not. 78 ffl.; Renaud Not. 36.

45) Vorlesung von der Kanzel u. dgl. ist immer unüblicher geworden. Wetzell Not. 109 ffl.

46) Ueber die neueren Gesetze s. Renaud Not. 36. Ueber die Entwicklung der Ediktalladung insbes. s. Wetzell Not. 90 ffl.; vgl. auch üb. deren Subsidiarität Seuffert XIII, 302. Um Citationen allein handelt es sich nicht, sondern um die Bekanntmachung von jederlei Verfügungen bei unbekanntem, oder, was dem gleichsteht, der gewöhnlichen Bekanntmachung unzugänglichem Aufenthalt (z. B. im Auslande, wohin nicht requirirt werden kann). Hier bleibt nur als letzter Versuch öffentliche Bekanntmachung, die in Partikularrechten umfassender geregelt, im Ganzen nach Ermessen behandelt wird, ohne sich an die doktrinellen Bedenken,

B. Vollends da, wo eine Verfügung an unbekannte Personen oder das Publikum im Ganzen gerichtet wird, kann nur öffentliche Bekanntmachung auf dem eben berührten Wege eintreten[47]).

In beiden Fällen ist über die Art der Veröffentlichung an dem Gerichtsbrett, durch Insertion in den Zeitungen u. s. w. Bescheinigung zu den Akten zu bringen. Der ordnungsmäßige Erlaß der Ediktalien gilt wie vollzogene Insinuation[48]). Gegen die Annahme, daß dadurch wirklich Kenntniß erlangt worden, ist wiederum nur durch Restitution aus dem Gesichtspunkte des entschuldbaren Irrthums aufzukommen[49]).

D. Die Wirkungen und deren Realisirung.

§ 144.

1. Der Verfügungen im Allgemeinen.

Martin § 110; Linde § 171; Heffter § 200; Schmid § 87; Bayer § 136; Osterloh § 98; Renaud § 157.

Die Wirksamkeit einer mit Willen des Gerichtes bekanntgemachten (§ 143), an sich legalen Verfügung besteht allgemein darin, daß sie als Ausfluß der Richtergewalt von den in Kenntniß gesetzten Betheiligten befolgt werden muß. Unter welchen Nachtheilen, richtet sich nach der ausdrücklichen oder selbstverständlichen Androhung.

Die Verfügungen sind aber auch, wenn sie einmal durch die Publikation in das Leben getreten sind, in gewissem Maße für den Richter selbst bindend. Das fordert die Verhandlungsmaxime, welche die Parteien daran ein Recht gewinnen läßt. Allein wie weit diese Parteienberechtigung reicht und die Dispositi-

---

welche die Ediktalien auf bestimmte Fälle beschränken wollen — s. Wetzell a. a. O. u. seine Citate — zu binden.

47) So an die Konkursgläubiger, Pfandverkaufsinteressenten. Renaud Not. 37. Der äußerst interessanten Frage, ob eine solche öff. Ladung auch auf die aus den Akten ersichtlichen Gläubiger erstreckt werden könne, widmet Wetzell Not. 108 eine Betrachtung, die sich die moderne Praxis meist erspart, indem sie es macht, wie sie es für am besten hält.

48) Sofern sie eine Citation enthalten, beruft man sich auf Clem. 1. de jud. 2, 1 u. Clem. 2 de for. comp. 2, 2.

49) Wetzell Not. 124; vgl. oben Not. 30. 35.

tion der Richtergewalt über die erlassene Verfügung ausschließt, muß nicht minder schwankend erscheinen, wie die Ausdehnung des Verhandlungsprinzips überhaupt.

Gewiß ist, daß der Richter einen der Rechtskraft fähigen Bescheid nicht mehr nach jenem Zeitpunkte zurückziehen oder abändern kann (§ 146)[1]). Ebenso wird in der Regel bei zweiseitigen, wenn gleich nicht rechtskräftigen, Verfügungen als Konsequenz der Verhandlungsmaxime mit der Publikation eine sog. Gemeinsamkeit, d. h. Parteienberechtigung, dahin unterstellt, daß eine Abänderung oder Zurückziehung wenigstens nur auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien für möglich gilt. Dasselbe würde bei einseitigen Dekreten Platz greifen müssen, sobald auch der Gegner des Extrahenten durch Zugreifen auf dieselbe daran Rechte erlangt hat. Im Uebrigen hält man bei einseitig erlassenen Verfügungen eine Disposition des Richters über dieselben noch für statthaft re adhuc integra[2]); wobei jedoch einmal zweifelhaft bleibt, ob erst durch irgend eine Realisirung und Folgegebung, oder etwa schon durch die Publikation an die eine Partei dieser ein Anrecht an dem Dekret erworben wird, welches den Begriff der Integrität ausschließt; sodann aber vollends unsicher ist, ob der Richter nur auf Antrag, Remonstration der extrahirenden oder der Gegenpartei[3]), oder auch ex officio[4]) zurückziehen und ändern darf. Mit einem Wort: man sieht, daß sich darin der unausgeglichene Gegensatz zwischen dem Gesichtspunkte der Verfügung als Aktes der Richtergewalt und dem der Parteienberechtigung ausspricht[5]).

---

1) Wenn man will, mag man darauf hinweisen, daß bei Urtheilen, die durch Aktenversendung eingeholt werden, der Richter, d. h. der versendende, schon früher gebunden, insofern er den Spruch nie abändern oder zurückhalten kann; vgl. Renaud Not. 5; Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 S. 277. S. oben § 52, 22.

2) Renaud Not. 6; Seuffert XVI, 79.

3) Wie dies der Verhandlungsmaxime entspricht. Vgl. Renaud § 175, 18. 19 über das Mittel der Remonstration wider einfache Dekrete.

4) Daß er das ex off. thun kann, wenn die Aufrechterhaltung oder Nichtbeseitigung Nullität zur Folge haben würde, gibt man allenfalls nach. Renaud Not. 7.

5) Nach der der Offizialmaxime günstigeren Stimmung des modernen Prozesses begreift sich, daß man im Ganzen geneigt ist, dem Richter das

Im Wesentlichen nicht anders verhält es sich mit der Bindung des Richters an den materiellen Inhalt seiner Verfügungen. Während dieser bei rechtskräftig gewordenen Erkenntnissen feststeht (§ 146), wird wieder bei unrechtskräftigen Bescheiden oder einfachen Dekreten demselben das Recht zugestanden, davon abzugehen [6]); und auch darin drückt sich die Idee aus, daß die Verfügungen Produkt der Richtergewalt und daher der Richterdisposition unterworfen sind. Indessen muß doch zugleich um der Aufrechthaltung der Verhandlungsmaxime willen die Beschränkung hinzugefügt werden, daß der Richter nicht mehr willkührlich über den Inhalt seiner eigenen Verfügungen sich hinaussetzen darf, soweit dadurch bestimmte Parteienrechte begründet worden sind.

Die Verfügungen sind vollziehbar, freilich im Einzelnen unter verschiedenen Voraussetzungen und in verschiedener Weise; zum Theil auf Antrag, wie die Exekution des Endurtheils, oder die Realisirung der Kontumazialandrohungen (§ 124 II III); zum Theil von Amtswegen, wie direkte Befehle, Strafandrohungen, Disziplinarverfügungen u. dgl. Die Vollziehung aller Verfügungen, auch der Endsbescheide ist gemeinrechtlich Sache des Gerichts. Nicht nur wird, wie sich von selbst versteht, die Realisirung der indirekten Rechtsnachtheile von dem Gerichte selbst ausgesprochen und dadurch in's Werk gesetzt, sondern auch der direkte Zwang irgend welcher Art, sowie die direkte Strafe wird gemeinrechtlich auf Anweisung und unter Kontrole des Gerichts durch dessen eigene Diener oder Hülfspersonen zum Vollzug gebracht. In dieser Hinsicht gelten für im Laufe des Prozesses stattfindende Vollziehungen, z. B. von Arrestanlagen, Beitreibungen u. dgl., durchaus dieselben Regeln, wie für die Vollstreckung der Kondemnationssentenz [7]).

Recht, seine Dekrete zurückzuziehen oder zu modifiziren, einzuräumen. Aus dem R. R. ist dafür wenig zu beweisen. Wetzell § 51, 3.

6) So selbst in Bezug auf das Beweisinterlokut; s. § 151, 20.

7) S. § 254, I a. E. über die abweichende Anordnung neuerer Gesetze, welche auch diese Vollstreckung großentheils dem Gericht abnehmen. — Eines muß natürlich dem Gericht stets bleiben, wenn auch im Uebrigen dieses andere Vollstreckungssystem adopirt wird; nämlich die Vollstreckung der aus der gerichtl. Polizei (§ 53, I A 2) fließenden Befehle.

2. Der rechtskräftigen Erkenntnisse. Rechtskraft.

§ 145.

a. objektive Bedeutung der Rechtskraft.

Martin, § 112. 113; Linde § 171; Heffter § 267; Bayer § 140 ffl.; Osterloh § 99 ffl.; bes. aber Wetzell § 47; Renaud § 158. — Ueber die Literatur des materiellen Civilrechts s. Vangerow, Pand. § 173.

Die Summe derjenigen Wirkungen, welche den bindenden Erkenntnissen zukommen, heißt technisch die Rechtskraft. Daß das Endurtheil rechtskräftig wird, steht fest. Dagegen erscheint es keineswegs ausgemacht (§ 140), welche Erkenntnisse außer dem Endurtheil denselben Effekt haben. Das Wesen der Rechtskraft drückt sich in dem natürlichen, wo einmal ein geordnetes Gerichtsverfahren besteht, unentbehrlichen Satze aus: ne bis de eadem re[1]). Das Erkenntniß hat eine dergestalt erledigende Wirkung, daß dasjenige, was entschieden worden ist, nicht noch einmal Gegenstand des Streites werden soll. Indessen ist das erst näher zu erläutern.

I. Zunächst ist für den Karakter des Urtheils von größter Bedeutung, worüber entschieden wird. Die röm. Lehre ruht durchaus auf der Idee, daß dadurch die res, de qua agitur, entschieden wird[2]). Die heutige Sentenz entscheidet nicht blos, wenn sie „wie angebracht" lautet, sondern auch in allen Fällen, wo dieser Zusatz fehlt, nach der Verhandlungsmaxime und der formalen Methode der Beurtheilung, welche aus der Schriftlichkeit (§ 96, 16) hervorgeht, nicht über den Thatbestand selbst, sondern nur über das Vorbringen der Parteien. Wenn daher die röm. Rechtskraft durchweg den Karakter der definitiven, endgültigen Erledigung hat, kann die Wirkung der heutigen Sentenz nur darin bestehen, daß sie das erledigt, was und wie es aktenmäßig vorliegt.

---

1) Wer an diesem Grunde, auf den sich auch Paulus in L. de exc. rec. jud. 44, 2 bezieht, nicht genug hat und untersucht zu sehen wünscht, ob das jus civile, oder eine lex die Regel eingeführt habe, s. Bekker, proz. Kons. § 3 (Quellenzeugnisse der Regel) u. § 4; Krüger, proz. Kons. § 2. — Savigny, Syst. VI § 280; Rudorff, R.G. II § 78, 1; Bethmann-Hollweg, II § 111, 9. — Die Entwicklung einer bewußten Lehre der res judicata ist natürlich erst Produkt der späteren röm. Wissenschaft. Bekker S. 263 ffl.

2) S. § 137. — Gai. III, 98. 108; L. 5, 22 de exc. rei jud. 14, 2 u. s. w.

Das eigentlich wirkende Moment ist nach röm. Begriffen keineswegs die Sentenz als Akt der Richtergewalt, ja nicht einmal die Sentenz allein. Denn die konsumirenden Wirkungen, welche die nochmalige Geltendmachung der eadem res ausschließen, treten schon mit der Litiskontestation, d. h. mit der Erklärung der Parteien, streiten und von dem Verdikt des judex Recht nehmen zu wollen, ein [3]). Der Richterspruch erscheint darum im ordo jud. keineswegs lediglich als Ausfluß der über den Parteien stehenden Richtergewalt (§ 95, I A. B), er ist Produkt des Parteiwillens (quasi-contractus) [4]). Die Rechtskraft wird also nicht einmal nur als Folge der Sentenz, sondern wesentlich als Folge der Verhandlung, betrachtet. Seit dem Beamtenrichterthum dagegen, vollends in der modernen Epoche, tritt die Sentenz durchaus als Richterakt auf [5]), zu dem die Parteihandlungen nur den Stoff liefern. Sie ist die Bethätigung der dem Richter innewohnenden, die Parteien zwangsweise beherrschenden Gewalt. Mithin ist nicht mehr entscheidend für den materiellen Inhalt der Rechtskraft, was die Parteien verhandelt haben [6]), sondern lediglich, was der Richter entschieden hat.

II. Ebendeshalb weil es gewiß ist, daß nur das, was der Richter entschieden hat, die Wirkungen der res judicata erfährt, während dasjenige, was zwar verhandelt, aber unentschieden gelassen, davon nicht affizirt wird [7]), kommt es vor Allem darauf

---

3) Darauf weist auch Wetzell § 47 z. A. mit Recht hin. — Die obl. ex lit. cont. s. oben § 107.

4) L. 14 de re jud. 42, 1. Ueber die innere Erklärung der Sentenznatur, womit sich die Meisten gar nicht befassen, obwohl sie die Basis der ganzen Lehre ist, s. Endemann, Rechtskr. S. 22; vgl. § 137, 8. — Eine gute Darstellung des „Privatrechtsgedankens" in der Sentenz s. auch bei Buff, Zeitschr. f. Civ.-R. u. Pr. N. F. XV S. 259 ffl. Die vollen Konsequenzen zeigen sich in der Lehre von den Rechtsmitteln.

5) Endemann S. 171.

6) Res, de qua actum est, oder die res in judicium deducta, deren nähere Bestimmung sich aus der Formel ergibt; s. § 151, 3 und § 137, 15 ffl. Vgl. auch Krüger § 11 ffl.

7) Seuffert XIII, 187. Nach R. R. dagegen kommt es gar nicht darauf an, was der Richter sententionirt hat, sondern die tota res in judicium deducta wird allemal durch die Endsentenz, vorausgesetzt, daß sie wirkliche Sachprüfung im Sinne des § 137, III § 140, I (nicht blos summaria cognitio) enthält (L. 5 § 8 de agnosc. lib. 25, 3; L. 15 § 4

an, was und inwieweit richterlich entschieden worden ist. Daß die Entscheidung und ihr Effekt nicht über den Akteninhalt hinaus gehen kann, folgt aus der Verhandlungsmaxime. Außerdem bildet der Schriftprozeß keineswegs nothwendig ein einheitliches Ganzes. Es kann über einzelne Theile der Verhandlungen entschieden werden (§ 140, II u. III). Mithin vermag sich der Umfang der Entscheidung allemal erst aus dem Inhalt der einzelnen Sentenz zu bestimmen[8]). Zunächst ist dafür die Dezisive maßgebend, in der sich der richterliche Entscheidungsakt verkörpert.

In der Methode der Auslegung der letztern aber[9]) zeigen sich nothwendig verschiedene Neigungen[10]). Während je formalistischer der Geist des Prozesses, desto mehr lediglich an dem positiven Wortlaut der Dezisive festgehalten wird, sucht eine minder formelle Auffassung dem wahren Sinn derselben gerecht zu werden. Dazu dienen die Entscheidungsgründe, durch welche die Formel der Dezisive erst ihren realen Inhalt empfängt. Diese richtige Auffassung, wonach die Entscheidungsgründe, durch die freilich niemals Etwas rechtskräftig entschieden wird, was nicht in der Dezisive steckt, das Material für die Bestimmung des Umfangs der letztern bilden, ist mindestens im Zunehmen begriffen[11]).

III. Die erledigende Wirkung der Sentenz besteht darin, daß sie, soweit sie entscheidet, einmal das bis dahin streitige Ver-

---

de re jud. 42, 1; L. 3 § 9. 13 ad exhib. 10, 14), konsumirt (§ 137, 13). Daran ist heut' zu Tage nicht zu denken. — Nichtsdestoweniger ignorirt auch diesen großen Gegensatz die Doktrin völlig.

8) Man muß sehen, ob sie Interlokut, Produktionserkenntniß, Endsentenz oder was sonst ist. Das gibt es nach R. R. nicht, wenn nur die eine Endsentenz existirt. Man muß bei der Endsentenz wieder sehen, ob sie wie angebracht, oder definitiv u. s. w. entscheidet. Das gibt es nach klass. R. R. wieder nicht.

9) Darum handelt es sich jetzt, während nach röm. R. um die Interpretation der eadem res nach der Formel; Savigny S. 372; Bethmann-Hollweg § 111 Not. 82 ffl. — S. auch Endemann a. a. O. S. 42.

10) Gerade wie bei der Interpretation der Gesetze.

11) Vgl. über die Frage der „Rechtskraft der Entscheidungsgründe", die so gar nicht gestellt werden sollte, Savigny, Syst. VI § 291; Pfeiffer, Arch. f. civ. Pr. Bd. 37 S. 264; Wetzell § 47, 100; Renaud § 162; Endemann a. a. O. S. 122; Windscheid § 130, 20; Busch, Arch. f. civ. Pr. Bd. 45 S. 287.

hältniß aufhebt, sodann aber als positiver Akt eine neue Rechtsgrundlage schafft[12]). Das R. R. hat dabei wiederum nur die eine Endsentenz im Auge. Durch die sententia wird die aus der Litiskontestation entspringende Judizialobligation purifizirt und beendigt. Der gesammte Inhalt des Prozesses, die res, de qua actum est, kann nun nicht noch einmal zum Gegenstande gerichtlichen Streites gemacht werden. Damit ist bei negativ lautenden, also aberkennenden Urtheilen die Wirkung abgeschlossen. Bei positiv lautenden, kondemnirenden Erkenntnissen aber ist nicht nur in derselben Weise der Streit über das, was bereits Inhalt des beendigten Prozesses war, abgethan[13]), sondern zugleich ein selbstständiger Anspruch auf Vollzug der Verurtheilung gewonnen, der, ohne daß auf das frühere Rechtsverhältniß zurückgegangen zu werden brauchte, unmittelbar aus der rechtsbeständigen Sentenz fließt[14]).

Diese Wirkungen nach beiden Seiten hin finden im R. R. ihre Erklärung in der Quasikontraktsnatur der Sentenz. Die Sentenz obligirt die Parteien[15]), d. h. sie schafft eine neue Rechtsgrundlage unter den Parteien, welche vermöge des den röm. Prozeß leitenden Privatrechtsgedankens unter den juristischen Begriff einer, und zwar strengen, formalen Obligation gefaßt wird[16]). Die konsumirende Wirkung wird auch als Novation des streitigen Verhältnisses bezeichnet[17]). Organ zur Realisirung der in einer

---

12) Nach Analogie der Litiskontestation; s. § 107. Die positive und die negative Funktion der Rechtskraft sind passende Bezeichnungen zur Erklärung der beiden Wirkungen, die ganz aus demselben Grund hervorgehen, aber auch nichts weiter. Endemann S. 161 Windscheid § 130, 23 a. E.

13) Daß diese Konsequenz der Rechtskraft römisch-rechtlich vollkommen anerkannt war, s. gegen Pfeiffer a. a. O. S. 4. 10; Windscheid § 131, 1.

14) L. 4 § 7 de re jud. 42, 1; L. 3 § 11 de pec. const. 15, 1; judicati obligatio.

15) Aus dem oben Not. 4 angedeuteten Gesichtspunkt.

16) S. Endemann S. 34.

17) L. 3 pr. de usur. rei jud. 7, 52; L. 3 § 11 de pecul. 15, 1. Bekker § 23; Windscheid § 129, 5; Wetzell § 47, 4. 5; Bethmann-Hollweg § 111, 11. — Das nähere Eingehen auf die — großentheils in einen Wortstreit auslaufende — Kontroverse über den Novationskarakter kann übergangen werden, noch mehr die Frage, ob

Sentenz ausgesprochenen Kondemnation ist die actio judicati[18]), Organ der das streitige Rechtsverhältniß konsumirenden und eine neue Grundlage feststellenden Wirkung die exceptio oder replica rei judicatae[19]), mittelst deren die nochmalige Benutzung des einmal verbrauchten Thatbestandes oder auch nur einzelner Theile desselben ebenso abgelehnt wird, wie die Geltendmachung eines der Sentenz zuwiderlaufenden Rechts[20]). Die innere Rechtfertigung aller dieser Wirkungen aber liegt in der Betrachtung, daß, da der Prozeß und die Kognition des Richters auf materielle Wahrheit abzielt, die Sentenz als Ausdruck der gefundenen realen Wahrheit gelten kann[21]). In dem heutigen Prozeß hat zwar das Erkennt-

---

die unzweifelhaft, was für uns das Wichtigste, eintretende Konsumtion eine obl. naturalis übrig läßt, oder nicht. Windscheid Not. 7; Wetzell Not. 7.

18) Bethmann-Hollweg § 111, 15.

19) Das Correlat de exc. rei in judicium deductae. Wetzell S. 518; Windscheid Not. 22.

20) Will man das unterscheiden als positive und negative Funktion der exc. rei jud. (s. dagegen oben Not. 12), so ist dagegen Nichts einzuwenden. Allerdings ist zu der exc. nicht blos Veranlassung, um sich auf die Konsumtion des ursprünglichen Verhältnisses, sondern auch um sich auf die in dem Erkenntnisse erfolgte Feststellung des jus (inter partes; s. auch Wetzell § 47, 14) zu berufen. Beides folgt nach den röm. Prozeßgrundsätzen aus der Regel ne bis de eadem re und der definitiven Wirkung der Sentenz so von selbst, daß man die Schwierigkeiten der Theorie kaum begriffe, wenn man nicht sähe, daß sie größtentheils durch Hereinziehen moderner Prozeßbegriffe entstanden sind. Auch der von Windscheid a. a. O. Not. 23 aufgestellten Supposition bedarf es nicht (L. 9 § 1 de exc. rei jud. L. 16 § 5 de pign. 20, 1 beweisen sie sicher nicht. S. über die aus Billigkeit gewährte replica rei secundum se judicatae Bethmann-Hollweg § 111, 52 ffl. Endemann S. 77). — Vgl. bes. Bethmann-Hollweg § 111, 34 ffl.; Krüger § 20 ffl. — Andere bezeichnen dasselbe durch den Gegensatz: Konsumtion und (positive) Rechtskraft. Auch hier gilt, daß schematische Rubriken nicht mit den Ursachen der Lehre zu verwechseln sind.

21) L. 207 de R. S. 50, 17. — Sentenz ist nur, wo Streit über die Wahrheit der Thatsachen war; und die Prüfung geschieht nach freier Logik. Ueber den Zusammenhang der Rechtskraft mit der Beweistheorie s. Endemann a. a. O. bes. S. 24; u. Beweislehre § 27 ffl.; Savigny VI § 291 ffl. spricht immer nur von der „Fiktion der Wahrheit", ein Begriff, den die Römer gar nicht anlegen konnten, sondern der erst im modernen Proz. (dort aber sicher, trotz der Anfechtung von Renaud § 158, 1) exi-

niß insofern die nämliche Stellung, als es jedesmal eine den seitherigen Streit konsumirende und zugleich eine positiv das, was es verfügt, feststellende Wirkung hat. Aber bei dem veränderten Karakter des Prozesses hat die innere Bedeutung der Rechtskraft eine wesentlich andere werden müssen. Es fehlt die Grundlage der Litiskontestation und der dadurch begründeten Obligation (§ 107, I a. E.). Die Sentenz kann nun dem Namen nach noch als Quasikontrakt bezeichnet werden; sie ist Richterakt[22]). Und da Verhandlung und Entscheidung nicht mehr den Thatbestand selbst (res), sondern nur das Vorbringen ergreift (§ 137), so muß an die Stelle der Idee eines definitiv erledigenden, ein neues Rechtsverhältniß begründenden, materiell obligirenden Aktes die Idee eines nur formell, prozessualisch bindenden Aktes treten; zumal die Entscheidung der Thatfrage, wenn es sich um eine solche handelt, auch nur nach formaler Wahrheit[23]) von Statten geht. Das Erkenntniß wirkt, da nach wie vor die Regel ne bis de eadem re in Geltung bleibt, eine Konsumtion und positive Rechtskraft. Allein konsumirt ist in dem schriftlichen Prozeß, wenn auch vielleicht in verschiedener Modifikation je nach dem mehr oder minder formalistischen Karakter, doch stets nur der Inhalt der Schriftsätze, nicht, wie der auf möglichster Unmittelbarkeit basirende mündliche Prozeß sagen kann, die Sache (res) selbst; und positiv festgestellt wird nicht die reale Wahrheit und das reale Recht, sondern die formelle Wahrheit und das formelle Recht auf Grund der Verhandlungen. Es fehlt also selbst bei Enderkenntnissen, vollends eben bei Zwischenerkenntnissen, auf die man den Begriff der Rechtskraft eben deshalb hat übertragen können, weil er seiner materiellen Bedeutung verlustig geworden, jener definitive Karakter, der stets totam rem erschöpft und den neuen Thatbestand eines auf Grund des alten nicht mehr anfechtbaren Rechts erzeugt.

Bei solchen Gegensätzen begreift sich leicht, daß die Konse-

---

stirt. Aehnlich Wetzell Not. 15; Buchka I S. 312 ffl. u. A. S. auch § 147, 14.

22) Daher denn auch trotz der Verhandlungsmaxime die stete, römischrechtlich unbenkbare Gefahr, daß die Sentenz mehr oder anders entscheidet, als die Parteien wollen. Pfeiffer a. a. O. S. 264.

23) Ueber deren Einfluß s. Endemann, Beweislehre § 30. 31.

quenzen der Rechtskraft, wie sie in den Quellen bezeugt sind, vielfach nicht mehr zutreffen. Anstatt gezwungene Interpretationskünste anzuwenden, muß die innere Natur der Sentenz, welche sich durch den Karakter des Verfahrens bestimmt, und der konkrete Inhalt derselben erkannt werden[24]).

IV. Was die praktischen Wirkungen der Rechtskraft betrifft, so bestehen sie

A. darin, daß der Ausspruch des Erkenntnisses, soweit er die Verbindlichkeit zu irgend einer Leistung festsetzt, realisirt werden kann. Dies geschieht jedoch nicht mehr mittelst einer als Ausdruck der Judikatsobligation auftretenden selbstständigen Klage, actio judicati[25]), sondern durch einen Exekutionsantrag, welcher den Richter auffordert, den kondemnirten Theil zur Befolgung des Richterspruchs mittelst Zwanges anzuhalten[26]). Die Rechtskraft in diesem Sinne ist Vollziehbarkeit[27]).

---

24) Das ist der Standpunkt, den die verständige Praxis, wenn auch nur aus Instinkt, häufig bereits einnimmt. Die ältere Doktrin von der res judic. erscheint heut' zu Tage völlig ungenießbar. Erst mußte die Kenntniß des reinen röm. Rechts wieder unter einem Wust von Irrthürmern herausgearbeitet werden. Allein die röm. Regeln unmittelbar anwenden zu wollen, als wäre unser Prozeß und unsere Sentenz dasselbe, wie bei den Römern, ist ein großer Mißverstand. S. über die Entwicklung der Lehre Endemann, Rechtskr. S. 165 ffl. — Durch volle Mündlichkeit und Herstellung der entsprechenden inneren Struktur des Prozesses kann allerdings demnächst die röm. Judikatslehre wieder in unmittelbare Geltung treten.

25) Bethmann-Hollweg § 111, 16; gegen die Zweifel, ob die act. jud. aus der Sentenz hervorgehe, s. Endemann S. 160, 3. — Sie ist ein selbstständiges Klagerecht mit eigener Verjährung und eigenem Schicksal. Savigny I S. 325; Wetzell Not. 113. 114; Buchka § 11.

26) S. § 251, I. Theoretisch gilt am Ende die Anstellung einer selbstständigen Judikatsklage nicht für ausgeschlossen. Allein praktisch ist das bedeutungslos. Denn Niemand wird so leicht den weiteren Weg eines neuen Prozesses wählen, wenn er durch einen einfachen Vollziehungsantrag zum Ziele kommen kann.

27) Wetzell § 47 Not. 102 ffl.; Renaud § 159; vgl. unten § 251, II A. — Die Vollziehbarkeit richtet sich formell nach der Dezisive. Die Auslegung des Umfangs ist offenbar eine ganz andere, wenn die Sentenz ein Obligationsakt im röm. Sinne ist, aus dem die actio jud. entspringt; nämlich eine wieder formelle.

B. Darin, daß zum Schutze wider das bis de eadem re, wenn zum Zweck der Vereitelung dessen, was im Urtheil ausgesprochen ist, oder zum Zweck wiederholter Geltendmachung des ursprünglichen Rechts[28]) auf bereits Abgeurtheiltes Bezug genommen wird, eine Einrede, die exceptio rei judicatae, gegeben ist. Ob die versuchte Verletzung des Judikats in einer Klage liegt, oder in einer Einrede, wo dann die Berufung auf die abgeurtheilte Sache als Replik zum Vorschein kommt, oder in einer andern Handlung, ist einerlei. Gewöhnlich spricht man von der exc. rei judicatae nur da, wo Endurtheil ergangen. Indessen ist die Abwehr der nochmaligen Geltendmachung nicht nur dieselbe, gleichviel ob das Endurtheil ein definitives ist, oder nur wie angebracht lautet, sondern auch dieselbe auf Grund eines der Rechtskraft fähigen Zwischenerkenntnisses. Läßt sich nach Obigem auch von dem definitiven Enderkenntniß nur sagen, daß es die nochmalige Benutzung des Akteninhaltes ausschließt, über welche entschieden ist, so gilt das nämliche von dem Zwischenerkenntniß. Durch den Hinweis darauf, daß in dem letzteren bindend über die vorausgegangenen Handlungen erkannt worden sei, wird, wenn auch dafür der Name der exc. rei judicatae nicht benutzt wird, die Anregung neuen Streites über dieselben Punkte abgelehnt.

Ueber diese Anwendung der exc. rei judicatae auf Zwischenerkenntnisse, welche dem R. R. total fremd ist, läßt sich nur sagen, daß sie den Karakter eines formell bindenden Prozeßaktes darstellt. Was einmal rechtskräftig erkannt worden ist[29]), steht nun für den ferneren Verlauf des Prozesses als Grundlage fest und kann nicht von Neuem in Streit gezogen oder abgeändert werden[30]). Wenn dagegen die exc. rei judicatae auf einer Endentscheidung fußt, so nimmt sie auf den gesammten Inhalt des vorausgegangenen Prozesses, so weit er entschieden worden ist, Bezug. Allein diese Entscheidung kann nur wie angebracht sein[31]). Eine solche bezeich-

28) Positive und negative Funktion der Einrede; s. Not. 20. — Renaud § 160.

29) Die Zulassung einer Klage, die Erheblichkeit einer Einrede, eine Beweisauflage, Produktion u. s. w.

30) Indessen wird es mit der Unabänderlichkeit mitunter nicht so streng gehalten, weil man der Rechtskraft der Zwischenbescheide ungünstig ist (§ 140, III A.).

31) Ueber deren Entwicklung s. § 140.

net gerade die Möglichkeit der nochmaligen Geltendmachung desselben Anspruchs, nur mit besserer Begründung, also der Gegensatz der röm. Definitivwirkung [32]). Für die exc. rei jud. in ihrer eigentlichen Bedeutung bleibt mithin nach der Auffassung der Theorie und Praxis nur Raum bei Definitivendkenntnissen. Freilich auch hier in ganz anderem, als dem röm. Sinn [33]).

In jedem Fall handelt es sich um die Identität dessen, wogegen die Einrede geltend gemacht wird, mit dem, was bereits entschieden ist. Allein während bei der Berufung auf ein rechtskräftiges Zwischenerkenntniß oder eine Abweisung wie angebracht nur die Identität der gerade entschiedenen Punkte in Frage ist, fordert die auf ein Definitivendkenntniß gegründete exc. rei judicatae eine tiefer gehende Vergleichung.

Nach R. R. greift die exc. Platz, wo eadem quaestio revocatur [34]). War durch das Judikat (Not. 6) der gesammte innerhalb der Formel in judicium deduzirte Thatbestand konsumirt, so unterlag jeder neue Rechtsspruch in irgend einer Form, von dem sich sagen ließ, daß sein Thatbestand mit dem abgeurtheilten identisch sei, der exc. rei judicatae [35]). Ob die Iden-

---

32) Daher Manche haben behaupten wollen, daß die Konsumtion im modernen Prozeß gar nicht mehr bestehe. Krüger § 26. Allein das ist irrig; Konsumtion ist da, aber sie ergreift nur das Vorbringen. Wird verbotenus die nämliche Klage wiederholt, so greift die exc. rei jud. auch auf Grund einer Abweisung, wie angebracht, Platz. Aber freilich schon dann nicht mehr, wenn irgend eine, bei formalistischer Neigung, vielleicht sehr unbedeutende Aenderung gemacht wird.

33) Vgl. auch Buchka II § 13.

34) L. 3. 7 § 4 de exc. rei jud. 44, 2. Es ist erstaunlich, welche Fülle von scholastischer Kunst früher an die „Feststellung" der Begriffe eadem quaestio, eadem res verschwendet worden ist, welche die röm. Juristen für so einfach und verständlich hielten, daß sie weiter gar nichts zu definiren hatten. Aber wann wird man endlich einmal die röm. Ausdrücke, anstatt alle möglichen Spitzfindigkeiten der schematistischen Definirkunst hinein zu verlegen, so simpel hinzunehmen lernen, wie sie von den Römern gebraucht wurden! — Jetzt kommt man allmählig auf den natürlichen Begriff „derselben Sache". Windscheid § 130, 1; Bethmann-Hollweg § 111, 45.

35) Auf die eadem res weisen L. 5. 7 pr.; L. 14 pr.; L. 27 h. t. 44, 2 ausdrücklich hin; eadem quaestio ist Nichts, als eadem res, de qua quaeritur.

tität vorhanden, war eine Sache der logischen Konsequenz, welche in den Quellen an einer reichen Kasuistik der verschiedensten Fälle unter Berücksichtigung der Bedeutung der verschiedenen Klagen[36]) erprobt wird. Folglich entschied, wenn auch diese Momente für die Erkenntniß, ob eadem res, wichtig werden können[37]), weder absolut die Identität oder Verschiedenheit des Klagobjekts[38]), noch die Identität des, aktiven oder passiven, Klagfundamentes[39]), sofern man darunter die Klagbegründung im heutigen Sinne versteht[40]), noch gar der Karakter oder die Bezeichnung der Klage[41]). Ist es vielmehr die Identität der res, worauf die Judikatswirkung ruht, so muß auch in dieser Vergleichung des Thatbestandes die

36) Das macht den Abschnitt von der res judicata bes. interessant u. lehrreich, aber schwierig. S. über das hier unmöglich zu erörternde Detail Bekker § 18 ffl.; Wetzell Not. 38 ffl.; Windscheid § 130; Endemann § 7 ffl.; Krüger § 23.

37) L. 42 de lib. caus. 40, 12; inspiciendum an idem corpus sit, quantitasque eadem, et idem jus et eadem causa petendi.

38) Denn, wenn auch in der Regel anzunehmen ist, daß sich auf ein ganz anderes Klagobjekt die res judicata nicht bezieht — L. 21 pr. h. t. 44, 2; Gai. IV 55 —, so kann doch derselbe Thatbestand, aus dem das eine Objekt gefordert wurde, weil er verbraucht ist, nicht benutzt werden, um nun noch ein anderes zu fordern; L. 45 eod. — Daher denn die Entscheidungen in Betreff des Judikats über Theile im Verh. zum Ganzen und umgekehrt; L. 7 pr. h. t., über die Hauptsache zu Accessionen u. umgekehrt u. s. w. Auch schließen sich hier die Grundsätze des plus u. minus petere an; die nochmalige Geltendmachung des Restes oder das richtige minus ist versagt, da die res konsumirt ist. — Ob der Gegenstand identisch, was immerhin wichtig werden kann (L. 7 § 1 h. t.), ist eine Aufgabe der natürlichen Logik, an der sich der jurist. Scharfsinn frei übte, ohne ihn an schematische Distinktionen der Qualität, Quantität u. s. w. zu binden; vgl. Wetzell a. a. O. S. 525. — S. über dies Alles Endemann § 7.

39) Idem jus et eadem causa petendi; s. Not. 37.

40) Endemann § 8. Denn wenn man das behaupten will, so muß man wieder so viele Ausnahmen u. Restriktionen machen, daß kaum ein Prinzip übrig bleibt.

41) Denn wenn die res total verbraucht ist, so ist jede darauf gegründete Klage, sie habe einen Namen, wie sie wolle, unmöglich. Endemann § 9; Wetzell Not. 67 ffl. (der das freilich aus der Wahl der einen Klage ableitet). In ganz anderem Sinn legt Buchka I § 2 die Identität der Klage zu Grunde.

logische Konsequenz Spielraum haben[42]). Nicht die rein äußerliche, formale, sondern die innere, materielle Identität entscheidet[43]). In dieser Hinsicht wird nun die röm. Idee, daß jedesmal die res in ihrer Totalität konsumirt sei, höchst wichtig. Damit ist auch der Gebrauch irgend eines von den Theilen, aus welchen die konsumirte res bestand, gehindert[44]), sofern er ein Element der „abgeurtheilten Sache" bildete[45]).

Stützt sich sonach der objektive Umfang der Konsumtionswirkungen nach R. R. auf den Begriff der res, so ergibt sich alsbald, warum derselbe in dem heutigen Prozeß häufig bedenklich erscheint. Die heutige Endsentenz erledigt nicht mehr die Sache selbst, sondern nur das Vorbringen der Parteien. Darauf lassen sich die weitreichenden Folgerungen des R. R. nicht anwenden. Man hat daher andere Merkmale der Identität aufsuchen müssen; bezeichnend genug die Identität der Klagbitte, Klagform, wenn es hoch kam, des Klagfundamentes. Und wenn gleich die Doktrin von der extremst formellen Behandlung der res judicata zurückgekommen ist, so bleibt die Anwendung der reinen röm. Lehre unmöglich, so lange die Methode des Prozesses und der Kognition eine durchaus verschiedene[46]).

---

42) Hier zeigt sich denn die Bedeutung der verschiedenen Konzeption eines dergl. Anspruchs. Wird auf einen speziellen Erwerbsgrund hin (adjecta causa) geklagt, so wird nur dieser engere Thatbestand in judicium geführt und konsumirt; wenn dagegen non expressa causa, der ganze Thatbestand des dingl. Rechts überhaupt. Wetzell § 47, 60; Endemann § 8 z. A. — Vgl. darüber § 165.

43) Bethmann-Hollweg § 111 Not. 86.

44) Daher ist über die Legitimation zur Sache, z. B. die Erbenqualität, nach R. R. definitiv mitentschieden, wenn sie auch nur anläßlich der Verfolgung eines einzelnen Anspruchs benutzt wurde. Savigny S. 298; Endemann S. 83 ffl., vorausgesetzt, daß darüber wirklich verhandel und entschieden war (s. oben Not. 7) L. 7 § 5 h. t; L. 21 de exc. 44, 1; Endemann S. 86. Ebendeshalb war der Schutz der exc. praejudicii nothwendig; s. § 153, 12; Endemann S. 87. 89.

45) Vgl. dazu auch die Darstellung von Krüger § 24. Die Doktrin nähert sich entschieden immer mehr der logischen Auffassung.

46) Daher kann es der Praxis nicht beigehen, daß doch auch bei Verschiedenheit des Objekts der Klage, oder bei einer ganz andern Klagbegründung die exc. rei jud. wirken sollte, u. dgl.

Die Regel: ne bis de eadem re bleibt dieselbe[47]). Allein da der Begriff dessen, worüber und wie erkannt worden, so abweichend ist, so kann die Praxis anstatt auf eine unbedingte Anwendung der röm. Quellenzeugnisse nur auf den allgemeinen Satz verwiesen werden: man prüfe, was in der That abjudizirt worden und vergleiche damit behufs Beantwortung der Identitätsfrage das neue Vorbringen im Sinne der Logik, welche dem Geiste des Prozesses entspricht.

V. Die Konsequenz des Bisherigen zeigt sich endlich an dem Begriff der sog. causa superveniens[48]). Die Konsumtion der res in judicium deducta nach R. R. durch die Sentenz schließt natürlich nicht aus, daß sich nachher eine alia res bildet, welche gar nicht Gegenstand des Streites gewesen und daher fähig ist, die Grundlage einer neuen Verfolgung zu bilden[49]). In unserem Prozeß, indem die Sentenz nur das Vorbringen konsumirt, genügt dagegen schon ein irgendwie neues Vorbringen, um den Begriff einer neuen Prozeßsache zu begründen und die exc. rei judicatae unwirksam zu machen[50]). Wenn nur, wie angebracht, erkannt wurde, so erscheint geradezu jede, wo man formell ist, selbst die unbedeutendste Modifikation des früheren Vorbringens als genügende causa superveniens. Allein auch, wo scheinbar definitiv erkannt wurde, handelt es sich bei erneuerter Geltendmachung nicht um den Begriff eines „neuen Thatbestandes", sondern darum, ob so viel neu vorgebracht wird, daß man sagen kann, darüber sei früher noch nicht entschieden worden[51]).

---

47) Vgl. das oben Not. 42 Bemerkte.

48) Savigny S. 378.

49) L. 11 § 4 h. t. 44, 2. Endemann S. 20, 38.

50) Endemann S. 162.

51) Und das läßt sich machen, nicht blos mit andern Thatsachen, sondern oft schon dadurch, daß man dieselben Thatsachen in eine andere Form bringt. Darin liegt eben der Mangel der definitiv erledigenden Wirkung, welche das klassische R. R. der Sentenz zuschreiben konnte.

b. Subjektive Bedeutung.

§ 146.

aa. für den Richter.

S. die Citate des vorigen § und Wetzell § 51.

I. Die der Rechtskraft fähigen Erkenntnisse werden mit der Bekanntmachung (§ 143) für den Richter formell bindend. Er kann die geschehene Beurtheilung nicht ungeschehen machen, durch eine andere ersetzen[1]) oder modifiziren. Er muß sie äußerlich gerade so lassen, wie sie ist; selbst wenn sie fehlerhaft oder gar nichtig wäre. Andererseits kann aber ebenso wenig übereinmender Antrag beider Parteien den Richter ermächtigen, die erlassene Sentenz einfach zurückzuziehen[2]). Der einmal als solcher in's Leben getretene Richterakt kann auch für den Richter nur im Wege des Rechtsmittels hinweggeräumt werden[3]). Abänderungen an der äußeren Gestalt der Sentenz[4]) darf der Richter nur ausnahmsweise vornehmen:

A. zur Verbesserung von Schreib- und Rechnungsfehlern[5]); ein Begriff, der freilich so dehnbar erscheint, daß unter diesem von jeher zugelassenen Titel leicht sehr bedeutende Aenderungen

---

1) Das R. R. redet natürlich nur von der Endsentenz (s. § 145 z. A.) L. 55. 62. de re jud. 42, 1; L. 2 Cod. de sent. ex peric. recit. 7. 44. Wetzell Not. 1.

2) Diesen Satz darf man nach den heutigen Anschauungen gewiß aussprechen. Indirekt können die Parteien über ihr Recht ex sententia durch Vertrag, Vergleich u. s. w. disponiren; nicht aber durch ihren Privatwillen den Akt der öffentl. Gewalt auflösen. Dahin reicht selbst die Verhandlungsmaxime nicht.

3) Ganz anders nach röm. Begriffen; s. § 242, jetzt aber auch bei unheilbarer Nichtigkeit (Wetzell Not. 27) § 244. Je gebundener der Richter, der die Sentenz ertheilt hat, desto mehr Bedürfniß nach Remedur durch Rechtsmittel.

4) Die das R. R. mit ziemlicher Konnivenz gestattete. L. 42 de re jud. 42, 1; L. 35 § 1 de R. V. 6, 1; Bethmann-Hollweg, Civ.-P. II § 111, 3.

5) L. 1 § 1 quae sent. 49, 8; L. 46 de re jud. 42, 1. — Han. P.O. § 360; Bad. P.O. § 1088; D. E. § 262; Preuß. E. § 361. — Früher viel strenger, s. z. B. Carpzov. proc. pr. XVI, 2 nr. 17.

bewirkt werden können, weshalb denn immer noch die konkrete Würdigung der Zulässigkeit vorbehalten bleibt[6]).

B. zur Ergänzung eines unvollständigen Erkenntnisses, die ihm jedenfalls freisteht, da er, soweit er noch nicht erkannt hat, nicht gebunden sein kann, und zur Deklaration einer undeutlichen oder zweifelhaften Entscheidung[7]), wenn dies von einer Partei beantragt und von ihm erforderlich befunden wird. Die Grenze liegt darin, daß eine wirkliche Aenderung vermieden werden muß. Eine dem widersprechende declaratoria unterliegt der Anfechtung, durch Nichtigkeitsbeschwerde oder Appellation. Alle Versuche, diese Grenze, anstatt sie der konkreten Erkenntniß zu überlassen, theoretisch fixiren zu wollen, sind eitel[8]).

II. Der Richter wird aber auch materiell gebunden durch das rechtskräftige Erkenntniß. Denn für ihn gilt der Grundsatz: ne bis de eadem re. Wollte er dagegen verstoßen, so würde er gerade so nichtig verfahren, wie wenn er gegen ein Gesetz verstieße[9]). Dies hat

A. bei einem Vorbescheid, der der Rechtskraft fähig ist, die Folge, daß nach beschrittener Rechtskraft die unumstößliche Grundlage für das weitere Verfahren und dessen Beurtheilung gewonnen ist. Es kann in tantum nicht mehr anderweit geurtheilt werden[10]). Indessen lehnt sich doch vielfach die neuere

---

6) Osterloh Not. 5; Wetzell Not. 15—18; Renaud § 157, 8—11.

7) L. 4 § 1 de app. 49, 1 paßt nicht. Auch sonst findet sich darüber im R. R. Nichts, da man auf undeutliche Sentenzen nicht rechnete. Erst die spätere Doktrin gestattet ausdrücklich das interpretari s. declarare im Gegensatz zu dem versagten emendare oder supplere. Nachweise bei Gaill. I obs. 116 nr. 3; II, 1 nr. 6; cf. Carpzov. l. c. XVI, 4 nr. 72. Viel weiter gehend noch Durant. II, 3 de sent. § 4 nr. 10.

8) Wetzell Not. 23 ffl.; Renaud S. 421. — Ueber die zweifelhafte, der Praxis unbekannte, Befugniß, eodem die nach L. 42 de re jud. 42, 1. Urtheilsfolgen nachzutragen s. Renaud das. Not. 20 ffl.

9) L. 9 Cod. de sent. et int. 7, 45. L. 1 Cod. sent. resc. 7, 50; L. 1 Cod. quando provoc. 7, 64.

10) In diesem Sinn ist das rechtskräftige Beweisinterlokut „bedingtes Endurtheil"; indem eben nur noch in Frage kommen kann, ob der Beweis geführt ist, oder nicht. S. § 139, 18.

Praxis gegen die äußerste Konsequenz einer solchen Behandlung auf[11]).

III. Seinen vollen Sinn aber hat es, wo endlich erkannt wird. Hier ist die Thätigkeit des Richters in Hinsicht auf die Beurtheilung der Sache selbst[12]), wenn er über diese erkannt hat, ein für allemal, wenn er nur über den Prozeß in seiner vorliegenden Gestalt erkannt hat (§ 137 u. 140), wenigstens insoweit beendet.

Dabei bleibt es jedoch leicht zweifelhaft, ob die Wahrung des Grundsetzes ne bis de eadem re, worauf die heutige Stellung der Sentenz als eines öffentlichen Aktes der Richtergewalt hinführt, dem Richter schon von Amtswegen obliegt, oder ob, wie die Verhandlungsmaxime fordert, die Berufung auf die res judicata Seitens der Parteien abzuwarten ist[13]).

§ 147.

bb. für die Parteien und weitere Betheiligte.

Die res judicata, als rechtsbegründender Akt wirkt zunächst für die Parteien, unter denen die Sentenz ergangen[1]). Dies ergibt sich nach R. R. aus der Bedeutung der Sentenz als eines materiell obligirenden Aktes (quasicontractus), an dem zunächst nur die Kontrahenten Theil haben[2]). Dasselbe gilt von der bindenden Wirkung des heutigen Judikats. Allein während das röm. Judikat, sofern es auf materieller Wahrheit basirt, seinen Effekt naturgemäß mannigfach über die Parteien hinaus erstreckt, kann sich die Wirkung der nun formelle Wahrheit schaffenden modernen

---

11) Und nimmt sich z. B. die Befugniß, unerhebliche oder doch offenbar unerhebliche (ein überaus weiser Unterschied, den man mitunter macht!) Beweis-, Eidesauflagen u. dgl. wieder fallen zu lassen. S. § 145, 30.

12) L. 55 de re jud. 42, 1.

13) Das ist also ein ganz anderer Gesichtspunkt, als der röm. rechtliche, ob die res judicata nur ope exceptionis, oder auch ipso jure wirkt. Sintenis, Civilr. I § 34, 10; Endemann, Rechtskr. S. 160; Bekker § 22; Krüger § 5. Vgl. § 170, 6.

1) L. 3. 7 § 4 de exc. rei jud. 44, 2.

2) L. 10 de exc. 44, 1.

Sentenz regelmäßig nur auf diejenigen erstrecken, welche prozessualisch daran gebunden sind[3]). Soviel

I. die actio judicati anlangt, so erscheint diese nach R. R. als ein selbstständiges Klagrecht, begründet unter den Parteien[4]); aber, wie jede andere Klage, aktiv und passiv durch Universalsukzession[5]), aktiv ferner durch Cession und passiv, wenn das Judikat ein dingliches Recht festgestellt hat, indem dadurch der Sache eine Qualität beigelegt wird, die für jeden Erwerber gilt[6]), durch Erwerb der Sache übertragbar. Sie hat ihre eigene Klageverjährung[7]) und unterliegt denselben Umwandlungen (Novation), wie andere Klagrechte[8]). Diese materiellen Grundsätze bleiben an sich noch heute dieselben, wenn die actio judicati als eine selbstständige Klage gedacht wird. Allein wenn an die Stelle der letztern der moderne Exekutionsantrag tritt (§ 255) und das Exekutionsverfahren als integrirender Bestandtheil des Prozesses erscheint, so erhellt, daß äußerlich genommen nur die im Prozesse stehende Partei, ein Dritter nur vermöge förmlicher Reassumtion (§ 93) auf diesem Wege die Realisirung der Sentenz betreiben kann.

II. Die Berufung auf die Rechtskraft eines Zwischenerkenntnisses hat überhaupt nur Sinn für die Prozeßparteien selbst und diejenigen, welche als Prozeßnachfolger an deren Stelle, oder als Intervenienten dergestalt in den Prozeß eintreten, daß sie die bei ihrem Eintritt vorfindliche Prozeßlage gelten lassen müssen. Die Rechtskraft solcher Bescheide erweist sich daher von vorn herein als reine Prozeßobligation.

III. Die exceptio rei judicatae endlich, d. h. die Berufung auf das: ne bis de eadem re, ist nach R. R. nicht minder Ausfluß des in der Sentenz enthaltenen materiellen Quasikontrakts. Sie steht daher zunächst nur den Parteien als Kontrahenten zu[9]).

---

3) Endemann, Prinzip der Rechtsk. § 13.

4) L. 3. 7. § 4 h. t. 44, 2; L. Cod. quib. res jud. 7, 56.

5) L. 6 § 3 L. 29. 44 de re jud. 42, 1.

6) L. 9 § 2. L. 11 § 9. L. 28 h. t. 44, 2. Wetzell Not. 112; vgl. daz. Endemann S. 138.

7) Savigny V S. 325; Wetzell Not. 113.

8) L. 4 § 4 de re jud. 42 1.

9) S. die Not. 4 cit. Stellen; auch tit. Cod. 7, 60. Krüger § 25.

Daher denn auch das Judikat über einen dinglichen Anspruch zunächst nur auf die Parteien[10]), die gegen einen Miterben oder Theilhaber ergangene Sentenz, vorausgesetzt die Theilbarkeit des Gegenstandes, nicht auf die andere wirkt[11]). Daß freilich die ursprüngliche Beschränktheit der Obligationswirkung den Uebergang auf Universalsukzessor, sowie auf Singularsukzessor, sofern der Erwerb der Sache nach dem darüber ergangenen Urtheil stattgefunden hat, nicht ausschließt, versteht sich von selbst[12]). Der Grund der Beschränkung ist nicht der, daß die Sentenz nur juridische Wahrheit geschaffen hätte; denn die Römer kennen die Idee juridischer Wahrheit nicht. Allein es bleibt immerhin möglich, daß das anzustrebende Ziel realer Wahrheit nach Art des Verhaltens der Parteien[13]) oder durch die Prüfung des Richters nicht in Wirklichkeit erreicht wird. Alsdann gilt die Sentenz dennoch inter partes, weil sie auf diese Streiterledigung sich geeinigt haben[14]). Insofern tritt also eine Obligirung durch die Sentenz dergestalt ein, daß die materielle Wahrheit nicht weiter in Frage gestellt werden kann. Aber, wenn auch die nochmalige Untersuchung abgeschnitten ist, so ruht doch das Resultat der Sentenz mit Fug auf der Vorstellung, daß jedenfalls die reale Wahrheit und zwar, wie oben hervorgehoben, der ganzen res, untersucht worden sei.

Ebendeshalb, weil der Thatbestand so, wie es nach menschlichen Kräften möglich[15]), in seiner materiellen Wahrheit geprüft wurde, gilt er für völlig konsumirt. Daraus aber, daß die streitig gewesene res selbst durch das Judikat jeder neuen Benutzung zu dem Wege Rechtens entzogen wird, folgt nothwendig, daß die

---

10) L. 63 de re jud. 42, 1. Endemann S. 129.

11) L. 22. 29 pr. h. t. 44, 2. Endemann das. Not. 10 ffl. S. 143, 9; quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum non potest; cf. L. 63 de re jud. 42, 1.

12) L. 9 § 2. L. 11 § 3. 9. 10. L. 28. 29. h. t. 44, 2. Wetzell Not. 26; Endemann S. 138; Windscheid § 132, 3; Seuffert XVII, 105.

13) Kollusion oder Ungehorsam.

14) S. darüber, insbes. die Verdrehung der Regel: res jud. pro veritate accipitur. Endemann S. 127 ffl. — Vgl. § 145, 3. 21.

15) Selbst bei contumacia des einen Theils; s. § 122, 12.

Beziehung auf ein anderes Subjekt keineswegs immer die Anwendung der exc. rei judicatae ausschließt. Trotz der Verschiedenheit der Person wirkt das Judikat doch, wenn die Identität der res da ist. Aus diesem Grunde gilt das von einem der Miteigenthümer des herrschenden oder dienenden Grundstücks über die (untheilbare) Servitut erwirkte Judikat für die übrigen Miteigenthümer; und das [16]) Judikat, welches für einen von mehreren Korrealschuldnern oder Korrealgläubigern ergangen ist, für alle [17]). Dieser Gedanke zeigt sich denn auch in der Wirkung des Judikats auf den Bürgen, sofern er als Korrealschuldner betrachtet werden kann [18]). Desgleichen in der Anwendung auf actiones adjecticiae qualitatis [19]) und auf mehrere socii delicti [20]).

In allen solchen Fällen stehen Personen, die sich nicht unmittelbar an dem Rechtsstreite und dem Judikat betheiligt haben, zu der Sache in einem solchen Verhältniß, daß nach logischen Begriffen das letztere dennoch für sie gültig sein muß; und es kann für sie gültig sein, weil es füglich die Voraussetzung der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit für sich hat.

---

16) L. 4 § 3. 4 si serv. vind. 8, 5. Savigny VI S. 479.

17) L. 2 de duob. reis 45, 2; L. 31 § 1 de novat. 46, 2; L. 16 de accept. 46, 4. Bekker § 17; Renaud § 160, 16; Wetzell Not. 20; Endemann S. 131. — Denn bei der Korrealobligation ist una res trotz der Mehrheit der Subjekte. Krüger § 15.

18) Bethmann-Hollweg II § 111, 93. Mit Recht hebt Wetzell Not. 22 hervor, daß das Verhältniß des Bürgen schon durch die justin. B.O., wonach erst die Zahlung den Bürgen befreit, L. 28 Cod. de fidej. 8, 41, verrückt worden ist. Aber man hat Ursache zu noch tiefer gehenderen Bedenken nach der Entwicklung des Bürgschaftsgeschäfts. Endemann S. 133—136; vgl. auch Handelsrecht § 147 u. Zeitschr. für das ges. Handelsrecht IV S. 222 ffl.

19) Wetzell Not. 24. 25; Endemann § 9, 43 ffl.; Krüger § 14.

20) L. 11 § 2 ad leg. Aq. 9, 2. Endemann S. 136, 35. — Die meisten Darstellungen berühren auch die Frage über die Wirkung des gegen den procurator (als dominus litis) ergangenen Judikats auf den Mandanten. Bekker § 12; Wetzell Not. 26; Bethmann-Hollweg Not. 95 ffl.; Endemann S. 140. Indessen hat dieselbe nur histor. Interesse. Nach dem heutigen Repräsentationssystem (§ 83) steht fest, daß das Judikat auf den Vertreter gar nicht, sondern nur auf den Vertretenen wirkt.

Von diesem Gesichtspunkt aus erstreckt sich die definitiv erledigende Judikatswirkung einer Sentenz, welche dem Verpfänder das Eigenthum aberkennt, auf den Pfandgläubiger, wenn die Pfandbestellung erst nach der Sentenz erfolgte, unbedingt[21]); dagegen, wenn die Sentenz erst nach der Pfandbestellung erfolgt, nur unter der Voraussetzung, daß der Pfandgläubiger das Judikat als für sich gültig anerkennt und immer mit dem Vorbehalt, daß nicht durch Nachweis der Kollusion u. dgl. eine Gefahr der materiellen Wahrheit erregt wird[22]). Es liegen aber außerdem noch geradezu Erweiterungen der Judikatswirkungen vor, die sich aus der Bedeutung der Sentenz als Quasikontrakt keineswegs ergeben. Die letztere wirkt auf denjenigen, welcher de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur[23]), sofern dies wissentlich geschieht[24]). Denn durch die Einwilligung in die Prozeßführung des Defensors wird der Berechtigte gleichsam Mitkontrahent der Sentenz[25]) und die Wirkung ist natürlich, wenn die Sentenz materielle Wahrheit enthält[26]). Ferner soll der zwischen den Erbprätendenten über die Gültigkeit eines Testamentes gefallene Spruch den Legataren und

---

21) L. 3 § 1 de pign. 20, 1; nur eine Konsequenz davon, daß der Pfandgläubiger nicht mehr Recht an die Sache erwerben kann, als nach dem Rechte des Verpfänders möglich. S. Not. 6.

22) L. 11 § 10 L. 29 h. t. 44, 2; L. 5 Cod. de pign. 8, 14. Endemann S. 139.

23) L. 63 de re judic. 42, 1; was an 3 Fällen beispielsweise (veluti) erläutert wird: 1) si debitor experiri sit passus creditorem de proprietate pignoris (s. Not. 21), 2) maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, 3) possessor venditorem de proprietate rei emtae.

24) Schon das wissentliche pati genügt; mithin muß der, welcher das Judikat zu fürchten hat, das Alleinprozessiren des Andern verhindern. Wetzell § 64, 5.

25) Wetzell Not. 31; Windscheid § 132, 2; Bethmann-Hollweg Not. 95; Endemann S. 142; auch Binding, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 S. 259; Maxen, Zeitschr. f. C.-R. u. Pr. N. F. Bd. 21 S. 409 ffl. Ueber den Gegensatz des Falls, daß einer von mehreren Miterben unpräjudizirlich für die andern streitet, s. Not. 28.

26) Daß das letztere Moment auch hier nicht übersehen werden darf, s. Endemann S. 144.

Erbschaftsgläubigern präjudiziren[27]), jedoch nur dann, wenn vollständige und gründliche Prüfung der Wahrheit vorangegangen. Sobald das Urtheil auf Kollusion oder Kontumazialverhandlung ergangen war, blieb die Wirkung aus[28]). Endlich wirken Erkenntnisse in Statusfragen unter der Voraussetzung, daß sie auf echter Kognition beruhen, gegen Jedermann[29]). In nothwendigem Zusammenhang mit diesen Erweiterungen war jedem, der außer den Parteien selbst möglicherweise die Wirkungen der Rechtskraft zu erleiden hatte, auch die Anfechtbarkeit der materiellen Richtigkeit des Urtheils durch Appellation gewährt[30]).

Auch diese subjektiven Erweiterungen der Judikatswirkung gelten nach der Doktrin für praktisch. Indessen fehlt der Kern der materiellen Wahrheit. Das Ergebniß der Verhandlungsmaxime und der Prüfung nach legalen Regeln, kurz, das Resultat des künstlich-schriftlichen Prozesses und der juridischen Beweistheorie hat an sich nur Anspruch auf Geltung zwischen denen, für welche, weil sie Parteien waren, das Urtheil bindende Norm ist[31]). Behält man jene Erweiterungen bei[32]), so erscheinen sie in der That als Ausnahmen, welche mühsam genug zu rechtfertigen sind und praktisch entschieden vernachlässigt, oft geradezu bei Seite gesetzt werden[33]).

---

27) L. 3 pr. de pign. 20, 1; L. 50 de leg. I.; L. 8 § 16 de inoff. test. 5, 2. Keller § 46; Savigny S. 475; Wetzell Not. 33; Bethmann-Hollweg § 111, 100; Endemann S. 145.

28) L. 17 § 1 de inoff. test. 5, 2; L. 14 § 1 de app. 49, 1 Bethmann-Hollweg Not. 101; Endemann S. 147.

29) Bethmann-Hollweg Not. 98; Wetzell Not. 34; Savigny S. 472; Endemann S. 148 ffl. Aus der Hinweisung auf die Idee der materiellen Wahrheit ergibt sich, daß das eine zu dürftige Erklärung ist, welche alle die Erweiterungen der Sentenz nur aus der „Vertretung“ herleitet.

30) Endemann § 15 und unten § 231, II B.

31) Endemann S. 173.

32) Die erst die neuere Forschung festgestellt hat. Für die ältere Doktrin war das vollends unverständlich.

33) Dagegen dehnt man (§ 79) oft die Adzitation ungebührlich aus, um die Interessenten zum Prozeß heranzuziehen. Folgen sie, so ist nun, da sie am Prozeß Theil genommen, die formelle Voraussetzung der formellen Judikatswirkung da.

§ 148.

VI. Sorge für die Akten.

Je mehr in dem schriftlichen Prozeß die Akten als einzige Grundlage der Kognition erscheinen, desto wichtiger wird es, für deren Vollständigkeit und Erhaltung zu sorgen. Diese Sorge ist im modernen Prozeß wiederum Sache des Gerichtes, welches mit eigens dazu angestellten Beamten versehen ist. Sie erstreckt sich

I. auf die Bekundung[1]). Alles, was bei Gericht geschieht, muß für den schriftlichen Prozeß schriftlich aufgezeichnet werden[2]). Dies geschieht regelmäßig durch den Gerichtsschreiber oder das Unterpersonal, und zwar entweder

A. in Form der Protokolle[3]), als der förmlicheren Art der Aufzeichnung. Die äußeren Merkmale sind: Angabe von Ort und Zeit der Handlung, der anwesenden Gerichts- und sonst thätigen Personen, am Schluß Vorlesung und Genehmigung der Anwesenden, sowie Beglaubigung durch die Unterschrift des Gerichtsschreibers[4]). Ihre Stelle haben sie bei gerichtlichen Akten und

---

1) Martin § 105; Linde § 84; Heffter § 206; Schmid § 28; Bayer § 132; Osterloh § 90; Wetzell § 36, 75; Renaud in § 15.

2) S. § 96 u. § 36. Auch im mündl. Prozeß existirt natürlich Aufzeichnung, der Bekundung, aber nicht der Schaffung der Kognitionsgrundlage halber. Daher denn auch in den neuesten P.O. die Einwirkung der Parteien, welche verlangen können, daß dies oder jenes zu Protokoll genommen wird, wieder schärfer hervortritt, während im gem. schriftlichen Prozeß echt bureaukratisch so gut wie nur das Gericht bestimmt, was und wie aufgezeichnet wird. — Vgl. überh. Han. P.O. § 116 ffl.; Bad P.O. § 282. 1003; D. E. § 154; Bair. E. Art. 143; Preuß. E. § 277. 314.

3) Ueber den Namen s. Wetzell Not. 78a; über deren Entstehung und über die genauere Regulirung der acta und regesta Bethmann-Hollweg II S. 194, III S. 198.

4) Wetzell Not. 76 ffl. Diese formalen Eigenschaften, die natürlich über das Wesen nicht entscheiden, knüpfen im Ganzen an die Erfordernisse der älteren notariellen Aufzeichnungen an. — Die Vermuthung der Legalität deckt auch hier sehr bequem manche Sünde. Ob die Vorlesung und Genehmigung nothwendig sei, darüber, d. h. über die wichtige Frage, ob man einen nicht vorgelesenen oder genehmigten Akt Protokoll nennen darf, ist genugsam kontrovertirt worden. Die Lit. s. bei Renaud § 15, 8.

Verhandlungen aller Art, z. B. Augenscheinseinnahmen, Zeugenverhören und Verhandlungen, welche die Parteien mündlich vor Gericht vornehmen. In einem engeren Sinn sind Protokolle namentlich die Bekundungen über Akte, bei denen der Richter thätig ist. In solchem Falle muß nicht nur dessen Anwesenheit mit angeführt werden, sondern es gewinnt auch leicht den Anschein, als ob der mitanwesende und oft sogar mitunterschreibende Richter auch seinerseits für die Wahrheit der Bekundung Garantie leistet; um so mehr, als auch der Richter fähig, zu bekunden [5]), und jedenfalls berufen ist, den Aktuar zu kontroliren (§ 36, III). Allein im weiteren Sinne kann man Protokolle auch die lediglich vom Aktuar ohne Mitwirkung des Richters, sowie die vom Richter ohne Aktuar gemachten Aufzeichnungen nennen, wenn sie nur die Form des Protokolls an sich tragen [6]). Eigentlich wird vorausgesetzt, daß die Aufnahme gleichzeitig mit dem Akte selbst, soweit dies thunlich, geschieht [7]); indessen ist dies häufig auch nicht einmal annäherungsweise ausführbar und daher in der Praxis vielfach üblich, Protokolle nachträglich abzufassen [8]).

B. oder in der Form der Registraturen. So nennt man alle andern formlosen, wenn auch häufig unter Beglaubigung der Bekundenden [9]) erfolgenden kurzen Bekundungen über geschehene Handlungen, z. B. über Aktenvorlagen, Behändigungsrelationen u. dgl. [10]). Zu solchen Aufzeichnungen ist jedenfalls der Aktuar,

---

Nach vielen neueren Prozeßord. ist meist entschieden, daß das Protokoll Vorlesung und Genehmigung verlangt; indessen weichen andere ab, nennen also Manches Protokoll, was jene nur Registratur nennen; s. das. Not. 8 a. E.

5) S. § 36, III. Dies gilt namentlich, wo es sich um Wahrnehmungen des Richters, wie bei Augenschein u. dgl., handelt. Wetzell § 65 bei Not. 9.

6) Eben deshalb läßt sich ein durchgreifendes inhaltliches Kriterium gar nicht angeben, wenn auch neuere P.O. u. Regulative darüber Manches verfügen. An sich kann Alles, was bei Gericht geschieht, auch in die minder solenne Form der Registratur gebracht werden.

7) R. O. von 1512 § 6. Martin, Vorl. I S. 354.

8) Was die erforderliche Vorlesung u. Genehmigung dann deckt.

9) Sofern die Person des letzteren nicht von selbst erhellt.

10) Dahin gehört auch das Präsentatum; s. § 115, 2; Renaud § 80, 11.

aber auch der Richter und je nach dem Geschäftsgang selbst der Gerichtsdiener [11]) befugt.

Beide Arten von Niederschriften genießen als öffentliche vollen Glauben (§ 193). Indem sie eine aktenmäßige Grundlage bilden sollen, dürfen sie einseitig vom Gericht nicht mehr geändert werden. Von den vorgelesenen und genehmigten Protokollen ergibt sich dies von selbst. Aber auch die Registratur, aus welcher die Parteien Recht herleiten können, z. B. zu Kontumazialanträgen, dürfen nicht mehr ohne Weiteres abgeändert werden [12]), wenn auch die Verbesserung von Schreibfehlern u. dgl. vorbehalten bleibt.

II. Dem Gericht liegt ferner das Sammeln, Ordnen und Aufbewahren [13]) der Akten ob [14]). Die letztern bilden sich theils aus den schriftlichen Eingaben der Parteien, welche anzunehmen und zu präsentiren sind, theils aus den Aufzeichnungen und Handlungen, Urtheilen, Verfügungen des Gerichts. Die Ordnung ist meist chronologisch. Die Aufbewahrung findet in der Repositur statt [15]).

Das Alles ist zunächst Aufgabe des Sekretariats und Unterpersonals, jedoch unter Kontrole des Richters, und jetzt Offizialpflicht. Früher ließ man bei der Wichtigkeit der Aktengrundlage in Konsequenz der Verhandlungsmaxime, bevor erkannt wurde, eine Verhandlung der Parteien darüber eintreten, ob die Akten vollständig und spruchreif seien. Hierzu war der sog. Inrotulationstermin bestimmt, in dem dann die förmliche conclusio actorum, der Aktenschluß, durch Verhandlung der Parteien und Richterdekret erfolgte [16]). Indessen ist diese Manipulation jetzt in

---

11) Der z. B. mitunter die Relationen selbst in die Akten registrirt; § 143, 37.

12) S. dazu Osterloh § 90 a. E. — Also analog, wie in § 144 bei den Dekreturen, so auch hier in Bezug auf die an sich dem Gericht eignende Thätigkeit doch wieder Parteienanrechte.

13) Martin § 102; Linde § 219; Schmid § 83; Bayer § 143; Osterloh § 108; Wetzell § 65; Renaud § 80, 10.

14) Nach dem in § 96 berührten Satz: quod non in actis. Martin I S. 146.

15) Wetzell a. a. O. Das Nähere der Einrichtung mag im Praktikum gezeigt werden.

16) S. über die Reichsgesetze Wetzell Not. 16 ffl. — Gaill. I

der Regel nur noch bei Aktenversendung an eine auswärtige Spruchbehörde üblich, um die Vollständigkeit der Akten zu konstatiren (§ 109 a. E.). Im Uebrigen verläßt man sich auf die Pflicht des Gerichts, die Akten vollständig zu halten[17]). Die Bedeutung, daß bis dahin noch der Vervollständigung halber die Parteien Behauptungen und Erklärungen nachbringen könnten, hat der Aktenschluß jedenfalls schon durch das allgemeine Prinzip der Präklusivität (§ 112, I) verloren[18]).

III. Wenn die Gerichtsakten verloren gegangen sind[19]), so muß bei deren Unentbehrlichkeit der Versuch der Wiederherstellung durch das Redintegrationsverfahren gemacht werden. Davon sprechen schon die R.-Gesetze[20]), wenn auch die jetzige Prozedur sich erst später fester bestimmt hat[21]). Diese beruht auf der Idee, daß die Akten unter Mitwirkung der Parteien, der Verhandlungsmaxime gemäß, zu erneuern sind. Man läßt jede Partei die in ihren Händen befindlichen Aktenstücke, und zwar unter Zwangsandrohung, vorlegen. Wenn der Prozeß durch Anwälte geführt wurde, so müssen nach deren Dienstpflicht vollständige Manualakten vorhanden sein (§ 82, 11). Aus der Zusammenstellung und Vergleichung des beiderseitigen Materials werden die Akten des Gerichts, so weit als thunlich, von Neuem gebildet und, nachdem die Parteien darüber gehört sind, nöthigenfalls durch förmliches Erkenntniß festgestellt. Die Kosten trägt, wer den Verlust verschuldet; eventuell werden sie, soweit sie nicht niederzuschlagen, auf beide Parteien getheilt.

---

obs. 107; Brunnem. c. 26. Daß im R. R., selbst im späteren so Etwas nicht existirte, s. Bethmann-Hollweg III S. 290.

17) Und auf die stete Kontrole, welche die Parteien durch Einsicht (s. Nr. IV) ausüben können.

18) Vgl. überh. Renaud § 206.

19) Martin § 314; Heffter § 206 a. E.; Schmid § 146, 9; Bayer § 144; Osterloh § 30, 6; Wetzell § 65, 20; Renaud § 80, 13.

20) K.G.O. 1555 II 31 § 4; Konz. 1613 II 34 § 3; die Wetzell Not. 20 nicht hierher beziehen will.

21) Wetzell Not. 21. Will man an Aelteres anknüpfen, so ist auf die kan. Exemplifikation verlorener Notariatsurkunden hinzuweisen. Endemann, Beweislehre § 78. 91.

IV. Die Akten gehören dem Gericht; daher sie auch durch dieses, nach bestimmten Normen, vernichtet werden mögen. Aber die Parteien haben beide[22]) das Recht der Einsicht, Edition, bzw. Erlangung von Abschrift[23]). Doch bezieht sich letzteres nicht auf die Vorarbeiten, Entwürfe, Vota der Erkenntnisse, welche bei höheren Gerichten oft in besonderen Kollegialaktenfaszikeln aufbewahrt werden[24]).

---

4. Kapitel.

Der Inhalt des Prozesses und seine Behandlung.

I. Das Wesen des Prozeßinhalts.

§ 149.

A. Im Ganzen.

Der Inhalt des Prozesses, welcher aus der Thätigkeit der Parteien und des Richters erwächst, wird bestimmt und begrenzt durch seinen Zweck. Zweck des Verfahrens ist, dasjenige Rechtsverhältniß, um welches gestritten wird, dem Richter zur Kenntnißnahme vorzulegen und zur Entscheidung zu bringen.

Allein so gewiß das ist, so verschieden ist die Methode, dieses Ziel zu erreichen. Da das echt mündliche Verfahren die unmittelbarste, einfachste Art der Darstellung und Mittheilung bildet (§ 96), so läßt sich von ihm sagen, daß die Sache selbst (res ipsa) seinen Inhalt und damit das Objekt der Sentenz bildet.

Im formalistisch-schriftlichen Prozeß hingegen werden aus früher entwickelten Gründen (§ 96, 16 § 99 a. E.) lediglich die abgeschlossenen schriftlichen Verträge und Protokolle zum Gegenstande der Kognition. Inhalt des Prozesses wird hier identisch mit Akteninhalt, d. h. mit der Summe der im Laufe des Verfahrens

---

22) Sog. Gemeinschaftlichkeit der Akten; Gloss. ad L. 2 Cod. de edendo 2. 1; s. auch § 212, I B 1.

23) Wetzell Not. 23; Martin I S. 147.

24) So auch Han. P.O. § 180 ffl.; D. E. § 226 ffl.

vorgekommenen Handlungen in ihrer schriftlich fixirten Gestalt. Nach der Verhandlungsmaxime erscheint, was insbesondere die Darstellung des dem Richter zu unterbreitenden Materials anlangt, nicht mehr der Thatbestand in seiner realen, oder unmittelbarsten Gestalt, sondern nur das schriftliche Vorbringen der Parteien als Inhalt des Prozesses und Gegenstand der Kognition.

Folgeweise muß der Prozeßinhalt, gleichviel ob derselbe als ein einfacher oder zusammengesetzter im Sinne des folgenden § gedacht wird, im mündlichen Verfahren aus der Gesammtdarstellung der Parteien der richterlichen Entscheidung als ein Ganzes von einheitlichem Karakter entgegentreten. Wenn sich auch einzelne Bestandtheile oder Nebenpunkte unterscheiden lassen, so liegt doch, wie das R. R. zeigt, die Idee zu Grunde, daß eine Gesammtaktion, nicht blos des Klägers, sondern die vereinigte Gesammtaktion beider Theile [1]), die res, de qua agitur, und zwar die tota res, in judicium deduzirt (§ 107), der Kognition unterbreitet (§ 137) und konsumirt (§ 145, 7).

Im modernen Schriftprozeß dagegen wird die Vorstellung des Prozeßinhaltes als eines organischen, einheitlichen Ganzen nicht blos dadurch gestört, daß nach dem sog. Prinzip der Zweiseitigkeit die Aktion einer jeden Partei als eine besondere erscheint (§ 98), sondern auch dadurch, daß die Aktion ein und derselben Partei in einzelne, für sich abgeschlossene Handlungen (Schriftsätze) zerfällt. Der Inhalt des Prozesses wird sonach zu einem Konglomerat einzelner Akte, von denen zunächst jeder für sich nach seiner äußeren und inneren Legalität zu beurtheilen ist. Ebendeshalb macht nicht mehr, durch die Darstellung der Parteien, sei sie auch das Ergebniß mehrmaligen Auftretens, vermittelt, die ipsa und tota res, sondern die Reihe der einzelnen Akte, welche die Parteien und das Gericht vornehmen, den Inhalt des Prozesses und den Gegenstand der schließlichen Erledigung [2]).

---

1) L. 61 p. de jud. 5, 1; Gai. IV, 57.

2) Aus diesem wichstigsten aller Gegensätze für die Struktur des Prozesses, den freilich kein einziger Prozessualist bis jetzt hervorhebt, sind allein die in den folg. §§ dargestellten Punkte zu erklären.

§ 150.

B. Einfacher und zusammengesetzter Prozeßinhalt.

Jeder, selbst der einfachste, Prozeßinhalt wird in gewissem Sinne zu einem zusammengesetzten, wenn sich, wie im vorigen § erwähnt, die Gesammtaktion in einzelne Handlungen zerspaltet. Allein der Inhalt des Verfahrens kann auch in dem Sinne ein zusammengesetzter werden, daß er, gleichviel, wie die Methode seiner Behandlung beschaffen sein mag, nicht blos die Darstellung eines einzigen und einheitlichen Rechtsverhältnisses umfaßt.

I. Geht man davon aus, daß zunächst dasjenige Rechtsverhältniß, auf welches der Kläger seine Klage stützt, den Gegenstand des Prozesses bildet, so kann dessen Inhalt einfach genannt werden, insofern er eben nur von dem Streite um dies eine Rechtsverhältniß erfüllt wird. Da es aber dem Verklagten freisteht, zu seiner Vertheidigung, anstatt blos die Begründung des Klaganspruchs zu bestreiten, sich auf andere Rechtsverhältnisse zu beziehen, deren Konsequenzen die Realisirung des Klaganspruchs hindern (Exzeptionen, s. § 170), da es demselben ferner freisteht, zu einem förmlichen Gegenangriff (Widerklage, § 175) überzugehen, und da in gleicher Weise der Kläger wieder aus selbstständigem Fundamente Gegenmittel (Repliken, § 176) gegen diese Vertheidigungen herleiten kann, so ist oft nicht blos ein einziges Rechtsverhältniß, sondern eine Mehrheit von Thatbeständen, welche zu einander in Beziehung stehen, Inhalt des Prozesses und Gegenstand der Entscheidung. Wie weit eine solche Beziehung zu einander möglich ist, hat das Civilrecht zu lehren[1]).

Nur auf einen Punkt muß bereits hier hingewiesen werden. Eine wirkliche Zusammengesetztheit des Prozeßstoffs entsteht offenbar nur dann, wenn auf solchem Wege noch andere, nicht schon in dem Klagfundament begriffene Thatbestände in den Streit gezogen werden. Formell dagegen und rein äußerlich genommen, erscheint

1) Es ist eine der bedeutendsten Aufgaben der Rechtsentwicklung, dieses Verhältniß zu kultiviren. Es ist klar, daß, während in primitiven Zuständen die höchste Einfachheit des konkreten Prozeßinhalts das Natürliche ist, die feinere Ausbildung der Rechtsbegriffe immer weiterhin die Beziehung an sich getrennter Rechtsverhältnisse (wie bes. die Kompensation) zu einander gestattet, also auch zu einer künstlicheren Gestaltung des Prozeßinhalts führt.

der Prozeßinhalt schon dann als ein zusammengesetzter, wenn nur der Verklagte gegen den Inhalt der Klage, der Kläger gegen den Inhalt der Exzeption mit der Form nach selbstständigen Einwendungen auftritt[2]). Mithin schließt sich der Begriff einer dadurch entstehenden Zusammensetzung des Prozeßinhalts allernächst an diejenige Zusammensetzung an, welche stets, auch bei materiell einheitlichem Inhalt, aus der Trennung der Parteienhandlungen (§ 149 g. E.) entspringt.

II. Die volle Einfachheit des Prozeßinhalts wird ferner möglicherweise gestört durch sog. Inzident- oder Nebenpunkte. In keinem Verfahren ist es ganz zu vermeiden, daß Nebendinge zur Sprache kommen, welche an sich keinen nothwendigen oder integrirenden Theil des in Streit befangenen Thatbestandes ausmachen, aber zum Zwecke der Prozedur oder der Entscheidung mit in den Prozeß gezogen werden müssen. Allein je künstlicher und weitläufiger der Prozeßgang, desto mehr Veranlassung bietet sich zu solchen Zwischenvorkommnissen, welche, wenn sie gleich zu dem Hauptinhalt nur im Verhältnisse von Accessorien oder dienenden Gliedern, zu dem Verlauf des eigentlichen Prozesses nur im Verhältniß von Einschiebseln oder Nebenpunkten stehen, doch logisch als getrennte Dinge erscheinen. Es können dadurch Unterprozesse (Inzidentstreite) und Unterkognitionen im Prozesse entstehen. Der formalistische gemeine Prozeß hat dagegen um so weniger Etwas einzuwenden, als er durch seine Methode eigentlich den ganzen Prozeß in lauter Inzident- oder Unterfragen auflöst.

III. Endlich kann direkt der Inhalt des Prozesses dadurch zu einem zusammengesetzten werden, daß die eine oder die andere Partei, anstatt sich auf ein einziges Rechtsverhältniß zu berufen, deren mehrere zugleich in den Prozeß zieht. Die Statthaftigkeit einer derartigen Kumulation mehrerer trennbaren Ansprüche oder Thatbestände hängt sehr von dem Karakter des Verfahrens ab. In dem gemeinen Prozeß kommt nicht nur dem Verklagten die Befugniß zu, eine Mehrheit von auf selbstständigem Fundament ruhenden Vertheidigungsmitteln zu häufen (§ 173), sondern auch dem Kläger das Recht, eine subjektive (§ 73), namentlich aber auch eine objektive Klagenhäufung (§ 167) vorzunehmen. Dadurch

---

2) Das Nähere wird sich am Begriff der Exzeptionen, § 170, erläutern.

wird dann von vornherein dem Prozesse ein zusammengesetzter Inhalt zugewiesen.

§ 151.

C. That- und Rechtsfrage als Bestandtheile des Inhalts.

Mag der Inhalt des Prozesses ein einfacher oder zusammengesetzter im Sinne des § 150 sein, innerhalb des Inhaltes des ganzen Prozesses, wie einzelner Theile desselben, unterscheidet durchweg die moderne Auffassung zweierlei Bestandtheile desselben: die That- und die Rechtsfrage. Sind diese wirklich zu trennen, so wird dadurch selbst der einheitliche, d. h. auf einem einzigen und einfachen Thatbestand beruhende Prozeßinhalt logisch zerlegt und insofern als ein zusammengesetzter karakterisirt.

Mit dem berührten Gegensatz soll nicht etwa blos bezeichnet werden, daß jeder Prozeß den Richter zu einer rechtlichen Entscheidung auffordert, mithin an denselben das Verlangen nach Subsumtion des konkreten Falls unter die Rechtsnorm stellt. Vielmehr wird damit angedeutet, daß trotz der früher (§ 137, I) erwähnten Stellung des Richters, wonach die rechtliche Prüfung und die Beischaffung des Rechtsstoffs dessen Offizialsache ist, auch den Parteien neben der ihnen, nach der Verhandlungsmaxime sogar ihnen allein, obliegenden Aufgabe, dem Gerichte das ganze Thatsachenmaterial zu liefern (§ 99), die weitere Aufgabe zufällt, die rechtliche Beschaffenheit des geltend gemachten Anspruchs zu entwickeln. Insofern nun gegen die Darlegung der Rechtsbegründung oder die Erfüllung der rechtlichen Voraussetzungen von dem Gegner Anfechtung erhoben wird, kann sonach ein förmlicher Streit um die Rechtsfrage entstehen; und man wird geneigt sein, diesen in Gegensatz zu dem Streit um die Thatfrage, d. h. um die Wahrheit der unterliegenden Thatsachen, zu bringen.

Von jeher und bei jeder Beschaffenheit des Prozesses ist es allerdings Sache der Parteienthätigkeit gewesen, den geltend gemachten Anspruch, er bestehe, worin er wolle, rechtlich zu beleuchten und dadurch den Richter auf die dem Recht entsprechende Beurtheilung hinzulenken [1]).

Es handelt sich unter diesem Titel um die Darlegung und

1) Daher vor Allem der advokatorische Beruf; s. § 92.

allenfalls um das Bestreiten, in welcher Weise der thatsächliche Stoff unter die Rechtsnorm zu subsumiren, oder ob von der Partei bei Geltendmachung ihres Anspruchs den Erfordernissen der materiellen und prozessualischen Rechtsnorm genügt sei. Ist das der Sinn der sog. Rechtsfrage, so erhellt sofort, daß sie mit der Darlegung der Thatsachen oder der Thatfrage in der innigsten, organischen und daher wo möglich nicht zu zerreißenden Verbindung[2]) steht. Denn der Prozeß stellt ja gerade die Aufgabe, den Thatbestand des geltend zu machenden Anspruchs in seiner rechtlichen Bedeutung, also in seiner nach der Ansicht der Partei gebotenen Subsumtion unter das bestehende Recht und in der der Prozeßordnung entsprechenden rechtlichen Gestalt darzulegen. Darin liegt also von Haus aus kein Grund, eine spezifische Verschiedenheit der That- und Rechtsfrage zu unterstellen. Noch weniger ist Veranlassung zu der Annahme, daß, wenn auch um die Subsumtion unter den Streittheilen Zwiespalt sein mag, der Streit sich um die Findung des Rechtssatzes drehen könne. Die Vorstellung, daß um die Rechtsnorm selbst gestritten werde, sollte also fern bleiben. Allein, während dies leicht ist, wo das Recht einfach und sicher ist[3]), läßt sich dieselbe kaum abwehren, nachdem das Recht selbst so künstlich und schwierig geworden, daß es durch seine Unsicherheit eben so gut zum Gegenstand richterlicher Kontestation, wie doktrineller Kontroversen wird. Aus diesem Grunde erscheint, obwohl die Entscheidung in letzter Linie von dem Richter abhängt, nicht blos, wo es gilt, Rechtssätze nachzuweisen, die der Richter nicht zu kennen braucht[4]), sondern auch sonst die Darlegung und Leugnung der Existenz des anzuwendenden Rechtssatzes, wozu in demselben Maße Veranlassung, als die Existenz ungewiß oder anfechtbar ist,

---

2) Man kennt die höchst unglückliche Idee des Strafprozesses, im Verfahren vor den Geschwornen Rechts- und Thatfrage völlig zu trennen. Nur hohler Schematismus vermag das.

3) Im R. R. existirt keine Trennung der That- und Rechtsfrage. Der Rechtssatz wird unter Mitwirkung der Parteien durch die Formel fixirt; aber keineswegs in dem Sinn, als ob die Parteien um das Recht gestritten hätten. Bethmann-Hollweg II § 86. — S. im Uebrigen unten § 157, I.

4) S. § 32, IV. Die Existenz solcher Rechtssätze darzuthun, ist eben Thatfrage.

als ein förmlicher Streit um das zur Anwendung zu bringende Recht [5]).

Aber auch noch in einem andern Sinne wird die Rechtsfrage zu einem eigenen Bestandtheil des Streites.

Wenn es einer jeden Partei freisteht, einerseits zu zeigen, daß sie alle Voraussetzungen des Rechtsgesetzes erfüllt habe, und andererseits zu bestreiten, daß dies von dem Gegner geschehen sei, vermehrt sich dazu der Anreiz in gleichem Maße, je zahlreicher und schwieriger die Voraussetzungen sind, welche das Recht aufstellt. Da nun sowohl das materielle Recht, als auch das Prozeßrecht eine immer größere Menge von legalen Erfordernissen, und zwar nach dem Prinzip der getrennten Handlungen (§ 98) für jede einzelne Handlung aufstellte, da ferner nach dem Prinzip der Verhandlungsmaxime wenigstens ein großer Theil der möglichen Mängel nicht von Amtswegen aufgegriffen, sondern der Rüge der Parteien überlassen werden sollte, so mußte häufig, wo nicht regelmäßig, die Erfüllung der legalen Voraussetzungen Gegenstand der Diszeptation der Parteien werden.

Der Karakter des Prozesses treibt mithin an, namentlich die rechtliche Subsumtion der Klage oder irgend einer sonstigen Handlung unter die Vorschriften der Prozeßordnung in Frage zu ziehen. Diese Subsumtion wird gerade insoweit wesentlich zum Gegenstand des Parteienstreites gemacht, als nicht der Richter kraft der Offizialmaxime schon von Amtswegen die Prüfung vorzunehmen hat.

Für die Struktur des Prozesses wird dies äußerst wichtig. Wenn man die Rechtsfrage in diesem Sinn, d. h. den Streit um die legale Form und die rechtlichen Voraussetzungen der Prozeßanträge, namentlich der Klage, solchergestalt neben den Streit um die Wahrheit der thatsächlichen Unterlagen stellt, so ist ein Prozeß selbst dann schon im Gange und zu entscheiden, wenn auch nur die erstere ventilirt wird. Die Rechts- und die Thatfrage treten um so mehr in Koordination, als auch die letztere, wie sich unten ergeben wird, zu einer reinen Rechtsfrage geworden, nicht nach freier Logik, sondern durch Subsumtion unter bestimmte Rechts-

---

5) Es braucht kaum angedeutet zu werden, wie sehr das Recht heruntergekommen ist, wenn diese Vorstellung Platz greifen kann.

regeln zu erledigen ist. Ungeachtet dieser Gleichartigkeit erhält sich der Gegensatz theils aus instinktivem Gefühl der abweichenden Behandlung, welche eigentlich die Thatfrage fordert (§ 181), theils von dem natürlichen Unterschiede aus, daß unter dem Titel der Rechtsfrage zuerst die abstrakt rechtlichen Voraussetzungen, unter dem Titel der Thatfrage hingegen der konkrete Thatbestand geprüft werden soll.

II. Die Behandlung des Prozeßinhalts.

§ 152.

A. Uebersicht und Prinzip.

Wie der Inhalt des Prozesses in Hinsicht auf die Anordnung der Prozedur[1]) zu behandeln sei, kann in einer doppelten Richtung in Frage kommen.

Einmal insofern, als derselbe zu andern außerhalb dieses Prozesses gelegenen Rechtsverhältnissen oder, wenn solche ihrerseits in Streit befangen, zu anderen Prozessen in irgend einer bedeutsamen Beziehung steht. Diese Beziehung kann von der Art sein, daß das eine für das andere präparatorisch oder präjudiziell, hemmend oder fördernd einwirkt, oder daß (wegen Konnexität) eine Verbindung oder Trennung rathsam erscheint.

Sodann aber kommt es ferner darauf an, innerhalb des konkreten Prozesses, theils, wenn er zusammengesetzter Natur ist (§ 150), die einzelnen Elemente, theils, selbst wenn er einfacher Beschaffenheit, die einzelne Theile in gehörige Ordnung zu bringen. In der letzteren Richtung gilt es, neben gewissen äußerlichen, von selbst gegebenen Abschnitten (§ 162) namentlich die innere Gliederung des Prozesses von der Klage bis zur Sentenz zu gewinnen.

Was die Methode der Handhabung anlangt, so beruht die Abgrenzung der äußeren Abschnitte stets auf gesetzlicher Anordnung. Im Uebrigen aber herrscht je nach dem Geiste des Verfahrens große Verschiedenheit. Es läßt sich denken, daß im Wesentlichen, wo nicht ganz und gar, dem richterlichen Ermessen anheim-

---

1) Von der Verschiedenheit der Behandlung in der Kognition (definitiv oder wie angebracht, tota res oder stückweise) war bereits die Rede; s. § 145, 7. § 149.

geſtellt wird, in Bezug auf die Reihenfolge der Verhandlung, Trennung und Verbindung der einzelnen Theile, Erledigung der Inzident-, präparatoriſchen und präjudiziellen Punkte, ſowie den Zuſammenhang mit andern Rechtsſachen, das Geeignete nach freier logiſcher Prüfung der konkreten Umſtände zu verfügen. Daß ſo das R. R. verfuhr, erhellt aus der Handhabnng der Streitgenoſſenſchaft (§ 73, 30), der objektiven Klagenhäufung (§ 167, 16), der Intervention (§ 75, 7) u. ſ. w. zur Genüge (ſ. auch § 153, beſ. III C). Auch bedarf es keiner Ausführung, daß dieſe freie Befugniß, zu trennen und zu verbinden, durchaus dem Karakter des mündlichen Verfahrens entſpricht[2]).

Während noch der ältere kan. Prozeß im Weſentlichen nach demſelben Grundſatz verfuhr[3]), ſuchte die ſpätere Doktrin, welche überall an die Stelle des nur Beſorgniß der Willkühr erregenden freien Ermeſſens eine abſtrakte legale Regelung zu ſetzen ſtrebte, auch nach dieſer Seite eine feſte Regelung[4]).

Neuerdings iſt zwar zum Theil die freie richterliche Handhabung wieder in höherem Maße anerkannt worden[5]). Allein im Ganzen ſteht der gemeine Prozeß auf dem Prinzip der geſetzlichen Ordnung. Von dieſem Standpunkte iſt daher im Folgenden die Handhabung des Prozeßinhaltes darzuſtellen.

---

2) Cf. tit. Dig. 11, 2 de quib. reb. ad eund. judic. Es erhellt, daß dieſe Befugniß vollkommen beſtehen kann neben den andern Grundgedanken, daß, wo thunlich, auf möglichſt umfaſſende und definitive Abmachung hinzuwirken ſei. L. 10 Cod. de jud. 3, 1; ſ. auch die Stellen bei Oſterloh § 81, 5.

3) Cf. z. B. Damas. p. 62. 84.

4) Als Probe vgl. z. B. Brunnemann c. 12 über die Behandlung der Inzidentfragen; vgl. auch Buchka, Einfl. II § 23. — Vgl. auch über die Behandlung der Kompenſatiou § 172, 6. — Das iſt die wahre Urſache der Entſtehung des Begriffs der Konnexität u. daher auch der Lehre von dem Konnexitätsforum (§ 64), wovon ſich bei den Aelteren noch gar Nichts findet; ſ. z. B. Carpzov. pr. p. III, 5.

5) Vornehmlich in den neueren Mündlichkeitsprozeßordnungen; ſ. § 156 a. E. — Seuffert VII, 100.

B. Beziehung des Prozeßinhalts zu andern Sachen oder Rechtsverhältnissen.

§ 153.

1. im Allgemeinen.

Martin § 27; Linde § 32; Heffter § 102. 150; Schmid § 22; Bayer § 15 ffl.; Osterloh § 13; Wetzell § 64; Renaud § 152.

I. Der Inhalt eines bestimmten Prozesses, oder nach der heutigen Auffassung der angestellten Klage, Exzeption u. s. w. kann zunächst in der Beziehung zu anderen Rechtsverhältnissen stehen, daß er dadurch materiell beeinflußt wird. Inwieweit dies geschieht, inwieweit ein gerichtlich mittelst Klage, Einrede u. s. w. geltend gemachtes Recht durch ein anderes ausgeschlossen wird, sei es ipso jure, sei es ope exceptionis, ergibt das materielle Civilrecht. Ebenso, wann bei Anstellung mehrerer Klagen derselben Parteien oder Dritter der Erfolg der einen den der anderen hindert, und welche Rechtswirkungen in solchem Fall, namentlich zur Sicherung anderweiter Berechtigung durch Kautionen, eintreten[1]).

II. Wenn ferner mehrere Prozesse, sei es auch derselben Parteien, ohne sachliche Beziehung zu einander nur das mit einander gemein haben, daß sie bei demselben Gericht anhängig, so kann von einem gegenseitigen Verhältniß nur insoweit die Rede sein, als das Gericht nicht im Stande ist, dieselben, wie an sich sein sollte, neben einander fortzuführen und zu entscheiden. Welche Sachen in solchem Fall (der sog. Beförderungscollision), zuerst zu erledigen, richtet sich nach der Geschäftsordnung oder pflichtmäßigem Ermessen[2]).

III. Prozessualische Bedeutung, d. h. möglichen Einfluß auf den Prozeßgang gewinnt die Beziehung des Prozeßinhalts[3]) zu

---

1) Wetzell a. a. O. Nr. 1.

2) Die Normen des R. K. G. sind völlig antiquirt; s. auch Bayer § 45. Daß ältere Sachen, sowie solche, bei denen Gefahr im Verzuge, wo möglich, zu befördern, versteht sich von selbst. Dafür sorgt neben der Sollizitation der Parteien allenfalls auch die Disziplin (des Präsidenten u. s. w.).

3) Als Ganzes genommen. Die Meisten behandeln die folgenden Punkte nur als Beziehungen der Klage zu andern Klagen, was offenbar zu eng ist. Dem ganzen Prozeßinhalt, wie einzelnen Theilen desselben gegenüber, können diese Fragen entstehen.

anderen Sachen erst dann, wenn irgend ein sachlicher Zusammenhang existirt. Hierher gehört

A. der Fall einer präparatorischen Qualität. Manche Klagen und folglich Rechtsstreite haben den Zweck, einen demnächstigen andern Rechtsstreit vorzubereiten[4]). Allein, daß das der Zweck ist, macht an sich für die Natur des Prozesses gar keinen Unterschied[5]). Die Möglichkeit, daß noch ein Rechtsstreit, vielleicht sogar mit abweichendem Erfolg, in Aussicht steht, hat vollends bei dem heutigen formalen Prozeßkarakter auf Struktur und Behandlung des Verfahrens keinen Einfluß[6]).

B. Ein präjudizielles Verhältniß zu einem anderen Rechtsanspruch oder Rechtsstreit liegt da vor, wo erst über den einen entschieden sein muß, ehe über den andern entschieden, oder auch nur verhandelt werden kann[7]). Mitunter kann es zweckmäßig, sogar logisch nothwendig erscheinen, die Erledigung der einen Sache voraufgehen zu lassen. Die Haupt=, wenn auch nicht einzige Frage bleibt die, wie namentlich der Civilrechtsanspruch zu der strafrechtlichen Verfolgung sich verhält (§ 154). Das R. R. erkennt vollständig die natürliche Regel an, daß, wo zwei Rechtsverfolgungen durch theilweise Gemeinsamkeit der Grundlage in Beziehung stehen, die wichtigere Sache zuerst vorzunehmen und zu entscheiden ist[8]). Das ergab sich von selbst nach den Judikats=

---

4) Daß das etwas Anderes ist, als die zu erwähnenden praeparatoria (ejusdem) judicii, liegt am Tage.

5) Wetzell § 64 Not. 26 ffl. So ist die Editionsklage, Provokation, die Besitzklage u. s. w., wenn auch nur zur Präparation dienend, ein Prozeß für sich, sei es im ordentlichen, sei es im summarischen Modus.

6) Eine präparatorische Qualität in der Weise, daß die eine Klage zur Vorbereitung der andern vorausgehen müßte, gibt es nicht. Die Anstellung der präparatorischen Klage vor der andern ist also nur Sache der Prozeßklugheit. Planck S. 492 ffl. — Ueber das Verh. des possess. zum petit. Streit s. § 64, III B 2.

7) Auch hier sollte man nicht, wie selbst Wetzell a. a. O. Not. 40 thut, das präjudizielle Verh. eines Rechtsstreits oder Anspruchs zu einem ganz getrennten mit den Präjudizialpunkten desselben Prozesses (vgl. darüber § 155. 156. 159) vermischen.

8) L. 54 de jud. 5, 1; per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet. — Wetzell Not. 43 ffl.

wirkungen[9]) als Bedürfniß. Außerdem war es nicht minder Bedürfniß, um der Einheit der Rechtspflege willen kollidirende Entscheidungen zu verhüten[10]). Allein der Begriff der major causa, wenn auch im Allgemeinen so viel feststand, daß die publica der privata vorzuziehen, entbehrte jeder schematischen Fixirung[11]). Mithin hatte zunächst der Magistrat, wenn auch möglicherweise auf Anregung der Parteien, frei zu erwägen, ob er einstweilen das judicium versagen sollte, bis die major causa erledigt sei[12]). Auch in der späteren Kaiserzeit findet sich nicht mehr als die Verweisung des Richters auf die natürliche und konkrete Logik, welche das Bedingende vor dem Bedingten zu erledigen heißt[13]). Die mittelalterliche Doktrin suchte zwar, unter Vermischung mit der Frage über das Verhältniß der einzelnen Theile desselben Prozesses zu einander, genauere abstrakte Regeln über den Be-

---

9) Denn die Sentenz in der minor causa, wenn auch nur einen Theil betreffend, oder nur die Erbenqualität zur legit. ad caus. einer Singularklage benutzend u. s. w., machte endgültige res judicata; s. § 145, 20. 44.

10) Planck, Mehrheit der Rechtsstr. § 26.

11) Planck das. § 28. — Die in den Quellen ersichtlichen Beispiele s. auch bei Buelow de praejud. exc. 1863 p. 27 sqq.

12) In anderem Sinn ist exc. praejudicii das Verlangen, einen einzelnen Punkt desselben Prozesses zu trennen (§ 156, 2). Gegen Planck (s. bes. § 29) hat Buelow l. c. vollkommen überzeugend nachgewiesen, daß darüber, ob ein Prozeß zu sistiren sei, weil ein praejudicium de re majori drohe, lediglich der Prätor (ohne Exzeption) zu entscheiden hatte; vgl. bes. p. 22. So zur Zeit des ordo jud. Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Civ.-Pr. II § 99 Not. 78. Nach dessen Aufhebung kann freilich von dem Unterschied, daß über die präjud. Beziehung eines Prozesses zu dem andern der Magistrat in jure, über die exc. praej. in anderm Sinn der judex zu entscheiden hatte, § 156, 2 a. E., nicht mehr die Rede sein; vgl. Wetzell Not. 64. Man konnte mithin auch die Anregung des Richters durch die Partei, daß doch besser erst die causa major abzuwarten, exceptio praej. nennen. Allein der innere Unterschied, den Buelow l. c. betont, bleibt bestehen, trotzdem daß die Form der Geltendmachung dieselbe. Denn es ist etwas Anderes: dort wird auf die Beziehung zweier neben einander angestellten Prozesse hingewiesen, welche die Sistirung des einen nöthig macht; hier auf die möglichen Judikatsfolgen des einen anhängigen Streites, welche die vorgängige besondere Untersuchung des präjudiziellen Punktes fordern.

13) Planck § 34; Renaud § 152, 8.

griff und die Wirkung der Präjudizialität zu gewinnen[14]); ein eitles Bemühen, das nichtsdestoweniger bis gegen die jüngste Zeit hin fortgesetzt worden ist. Allein Alles, was sich gewinnen läßt, sind die an sich höchst dehnbaren Zweckmäßigkeitsregeln, daß das bedingende Rechtsverhältniß dem bedingten[15]), der wichtigere Rechtsstreit dem minder wichtigen[16]) vorangehen soll. Damit ist nicht mehr gethan, als mit der offenen Verweisung auf konkrete Zweckmäßigkeitsrücksichten[17]).

Der Einfluß der Präjudizialität äußert sich in der Versagung der Eröffnung, oder in der Sistirung des andern Prozesses, welche der Richter auszusprechen hat[18]). Veranlassung dazu bietet ein deshalbiger Einwand der interessirten Partei[19]), über den nach Befinden zu verhandeln. Zweifelhaft bleibt es aber auch hier wieder, ob und inwieweit der Richter ex officio drohenden Nachtheil (ne praejudicium fiat in diesem Sinn) oder den Umstand, daß passend die andere Sache erst zu erledigen ist, berücksichtigen kann. Die zunehmende Offizialmaxime hat nicht selten in der Praxis zu einer amtlichen Sistirungsbefugniß geführt, welche die strenge Verhandlungsmaxime nicht anerkennen durfte[20]).

C. Es ist endlich möglich, daß der Prozeßinhalt mit ande-

---

14) Die Nachweise s. Planck § 56 ffl.; s. bes. Pill. II § 24 sqq.; Tancred. II 20.

15) Das Hauptbeispiel ist, daß die Entscheidung über die Erbenqualität für die Einzelkagen des Erbprätendenten, für die Legatare, Gläubiger u. s. w. präjudiziell ist. Planck § 62. — Im Ganzen ist zur Wahrung der Präjudizialität aus dem Grunde, weil die Entscheidung in der einen Sache nachtheiligen Einfluß in der andern haben, oder durch jene überflüssig werden könnte in dem Maße geringere Veranlassung, als die materielle Bedeutung der Rechtskraft abgenommen hat; s. § 145. Nach der formalen Beschaffenheit der res jud. ist die Präjudizialität viel weniger zu fürchten. Widersprechende Aburtheilungen sind ja nach der heutigen Theorie leicht zu rechtfertigen. Beispiele s. Seuffert XII, 12. 311; XVII. 208.

17) Planck S. 498 a. E.

18) Buelow p. 47.

19) Den man oft exc. praejudicii nennt, der aber mit der eigenthümlichen exc. dieses Namens nach R. R. Nichts zu thun hat; Wetzell Not. 63a ffl.

20) Vgl. dazu Planck § 61. — So bes. in dem Falle des folg. § 154, II B.

ren Sachen oder Rechtsansprüchen derselben oder anderer Personen irgendwie in Verbindung steht, ohne daß von einem präparatorischen oder präjudiziellen Karakter die Rede sein kann. Man bezeichnet dies Verhältniß in der Regel mit dem vagen Begriff der Konnexität. Ein solcher Zusammenhang bietet vielleicht Anlaß, unter dem Titel der subjektiven, der objektiven Klagenhäufung, der Widerklage oder der Intervention, oder auch in Gestalt von Inzident- oder Nebenpunkten, indem sich die andere Sache als untergeordnetes Akzessorium dem Hauptprozeß anschließt, die an sich trennbaren Ansprüche zu einem Prozeß zu vereinigen [21]). Indessen hat über die Zulässigkeit stets der Richter, und zwar zugleich aus Zweckmäßigkeitserwägungen, zu erkennen. Die Vereinigung kann also nicht von den Parteien erzwungen werden [22]).

Ebenso wenig aber steht gemeinrechtlich dem Richter die Befugniß zu, von Amtswegen eine derartige Vereinigung vorzunehmen [23]).

IV. Liegt keines der unter III. berührten Verhältnisse vor, oder wird dasselbe nicht zu der dargestellten Einwirkung benutzt, so hat jeder Prozeß seinen eigenen Gang und sein eigenes Schicksal. Eine Frage für sich ist es, ob ungeachtet der völligen Getrenntheit des Prozeßgangs die Vorkommnisse in dem einen Prozeß möglicherweise eine materiell rechtliche Bedeutung für die Betheiligten in der Weise gewinnen, daß daraus Rechte oder Verbindlichkeiten für den andern Prozeß hergeleitet werden können. In diesem Sinn kann namentlich die Sentenz, aber auch die Litiskontestation, die Beweisführung, Geständniß u. s. w. über den Prozeß hinaus wirken, wie an seinem Orte zu erwähnen.

§ 154.

2. Insbesondere Verhältniß von Kriminal- und Civilsache.

Es ist möglich, daß aus demselben Thatbestande eine Straf-

---

21) Vgl. bes. § 167. Alsdann handelt es sich aber nicht mehr um die Beziehung zu einer außerhalb des Prozesses liegenden Sache. — Ausdruck dieser Anziehungskraft ist das for. connex.; s. § 64.

22) Planck S. 549.

23) S. bes. § 79. — Im mündlichen Verf. ist der Richter oft wieder freier gestellt; s. § 136 a. E.

verfolgung und ein Civilanspruch entspringen. Gewiß ist, daß das Civilgericht innerhalb der Civilgerichtsbarkeit nicht ein Erkenntniß auf Kriminalstrafe ertheilen kann. Alles Uebrige bedarf der näheren Untersuchung, die um so schwieriger erscheint, je schärfer nach der heutigen Organisation Straf- und Civiljustiz äußerlich und innerlich getrennt erscheinen (§ 2, I).

Nach R. R., wo die Methode der Behandlung noch gleichheitlich war, herrschte die vollste Freiheit. Die Parteien konnten die Strafverfolgung, die im Wege der Privatanklage von Statten ging, mit der Verfolgung des Civilanspruchs vereinigen[1]), oder jede für sich, und jede zuerst anbringen[2]). Bei getrennter Verhandlung in zwei Prozessen machte sich die Erwägung geltend, daß nicht der causa major durch die causa minor ein Präjudiz geschaffen werde. Regelmäßig war also bei gleichzeitiger Verhandlung erst die publica causa, die Kriminalsache zu erledigen Im Uebrigen konnte ebensowohl das Kriminalurtheil als Grundlage der Civilentschädigung benutzt, wie auch letztere ohne vorgängige Kriminalprozedur lediglich vor dem Civilgericht betrieben werden[3]). Umgekehrt konnte ebenso der Kriminalrichter die Entscheidung eines bereits schwebenden Civilstreites über eine Frage, welche als Voraussetzung der Strafverfolgung erschien, abzuwarten haben; oder, wenn sie ihm gebracht wurde, selbst darüber zuerst entscheiden[4]). Dies entspricht der Thatsache, daß in beiden Prozeduren nach denselben Grundsätzen der freien Beweistheorie, vermöge deren die Feststellung des einen Gerichts ebenso gut war, wie die des andern, mithin seine Rechtskraftswirkungen auch dorthin erstreckte[5]), zu entscheiden war.

Im Wesentlichen blieb dabei die mittelalterliche Lehre stehen. Sie konnte es insofern, als für sie Kriminal- und Civilurtheil bei der Gleichheit der legalen Beweistheorie einander adäquat waren. Indessen hob man bei Konkurrenz der Straf-

1) Planck, Mehrheit § 15.

2) Planck § 32.

3) Wetzell § 64, 55.

4) Denn die von Planck S. 244 u. Wetzell Not. 51 ffl. angeführten Stellen sagen keineswegs, daß der Strafrichter die Ingenuitäts-, Eigenthums-, Besitzfrage an das Civilgericht hätte verweisen müssen.

5) Endemann, Beweislehre S. 115.

und Civilprozedur immer bedeutender hervor, daß erstere als causa major zu betrachten und daher in dubio erst zu entscheiden sei. Unter Umständen konnte auch das Civilurtheil präjudiziell erscheinen und war dann für den Strafrichter vollkommene res judicata [6]). Allein sobald andere Prinzipien der Beweisung für die Strafsachen, andere für die Civilsachen aufgestellt wurden [7]), wurde das Verhältniß zweifelhaft.

Vollends, nachdem in jüngster Zeit die Strafentscheidung auf die freie richterliche Ueberzeugung gegründet, dem Civilprozeß dagegen die legale Beweislehre belassen wurde, entstand die Schwierigkeit, welcher Einfluß gegenseitig den beiden nunmehr generisch verschiedenen Prozeduren und welche Bedeutung namentlich dem in der einen ergangenen Urtheil für die andere beizumessen sei.

Als Resultat der heutigen Ansicht aus den vielfachen Vermittlungs- und Konstruktionsversuchen [8]) läßt sich Folgendes anführen. Wenn auch zum Theil noch ein, früher maßlos übertriebenes, Uebergewicht des Strafprozesses und Strafurtheils sich geltend macht, welches nicht blos in der größeren Wichtigkeit der Frage der Bestrafung, zumal wo diese eine bedeutendere ist, für den Betheiligten, sondern auch in dem unwillkührlichen Vorzug der besseren Wahrheitsfeststellung [9]) seine Ursache hat, so ist doch an sich die Civilprozedur und das Civilurtheil gleichberechtigt und selbstständig.

Im Einzelnen richtet sich

I. die Konkurrenz des Civil- und Strafprozesses nach den Regeln des vorigen §. Wenn beide gleichzeitig schweben, ist es Sache der logischen Prüfung, ob der eine als präjudiell erst zu

---

6) Planck S. 517.

7) Daß das schon, wenn auch in beschränkterer Weise, unter den Kanonisten begann, s. Endemann a. a. O. S. 116. — Scacc. de jud. I c. 74.

8) Deren wirklich befriedigende Lösung nur auf dem einen Wege möglich ist: durch Gleichstellung der Methode der Wahrheitsfeststellung. S. über die zahlreiche Literatur Endemann a. a. O. S. 114, 1; dazu Schletter's Jahrb. VIII S. 306; Seuffert, XVII Nr. 161.

9) Denn der Strafprozeß sucht reale, materielle Wahrheit, der Civilprozeß nur formelle.

beendigen und der andere bis dahin zu sistiren ist[10]). Ein absoluter Vorzug, namentlich der Kriminalsache, existirt nicht[11]).

II. Wenn sich ferner fragt, wie zu verfahren, wenn in der einen Prozedur Feststellungen nöthig werden, die, wenn sie selbstständig in Frage gekommen wären, in die andere gehört haben würden, so gilt

A. der Strafrichter unbedenklich für befugt und sogar verpflichtet, auch über die civilrechtlichen Voraussetzungen des Verbrechens zu erkennen; jedoch zunächst nur aus dem Gesichtspunkt und zu dem Zweck der strafrechtlichen Verfolgung. Dem Strafgericht wird also nicht zugemuthet, darüber erst civilgerichtliche Entscheidung einzuholen[12]).

B. Ebenso kann der Civilrichter über die verbrecherische oder Deliktshandlung erkennen, welche Voraussetzung des Civilanspruchs ist oder sonst im Laufe der Civilverhandlungen zu seiner Kognition kommt[13]). Indessen zeigt sich doch in dieser Hinsicht viel Unsicherheit. Während früher Manche unbedingt verlangen wollten, daß in jedem solchen Falle, oder doch wo die Kriminalsache präjudiziell erschien, der Civilrichter erst die strafgerichtliche Entscheidung über den Thatbestand abwarten oder dieselbe erst veranlassen müsse, nimmt man jetzt allgemein an, daß der Civilrichter über den Klaggrund eines Delikts selbstständig zu entscheiden hat. Dagegen ist es, wenn sonst auf strafrechtlich zu ahndende Handlungen im Civilprozeß Bezug genommen wird, allerdings oft noch Brauch, die Sache zur Konstatirung zunächst an das Strafgericht abzugeben, sogar von Amtswegen. Allein eine absolute Verpflichtung des Civilrichters, solchergestalt die Civilsache um eines schwebenden, oder erst zu veranlassenden Strafprozesses willen zu sistiren, läßt sich keinenfalls nachweisen[14]). Ob so

---

10) Planck S. 516 ffl. — L. 3. 4 Cod. de ord. jud. 3, 8; cf. L. 104 de R. J. 50, 17; L. un. Cod. quando civ. act. 9, 31.

11) S. dazu Osterloh § 14, 6; Martin § 31 Not. i u. Vorl. I S. 177. 187.

12) Vgl. dazu Schäffer, Arch. für pr. R.W. III S. 284.

13) Z. B. als Einwand wider einen Zeugen, Eidespflichtigen.

14) Denn die Behauptung, daß die Strafentscheidung präjudiziell sei, ist eine petitio principii. Ob der Civilrichter als öff. Justizbeamter verpflichtet ist, von der Anzeige eines Verbrechens, die in den Akten vorkommt,

zu verfahren, hängt daher höchstens von konkretem Zweckmäßigkeitsbefinden ab [15]).

III. Während aus der vollständigen Trennung der Kriminal- und Civiljustiz folgt, daß der Civilrichter niemals eine kriminelle Bestrafung wegen der bei ihm zur Sprache gebrachten Vergehen aussprechen kann, wird andrerseits von der Folgerung, daß ebenso wenig der Strafrichter über einen Civilanspruch zu erkennen hat, die Ausnahme gemacht, daß er zugleich mit der Verhängung der Strafe auf Antrag des durch das Delikt Beschädigten die Privatentschädigung zubilligen kann. Die Verbindung des Antrags auf Strafe und Entschädigung oder Restitution war sehr begreiflich, als überhaupt Straf- und Civilprozeß noch nicht scharf geschieden und in beiden nach derselben Art verfahren wurde [16]). Sie erhielt sich aber auch aus dem Gesichtspunkt der Konnexität, als der Strafprozeß durch die Inquisitionsmaxime eine andere Gestalt annahm. Die wichtigere causa criminalis attrahirte nach der Vorstellung der Theorie die geringere causa civilis [17]). Seit aber in der Neuzeit Straf- und Civiljustiz streng getrennt sind, erscheint der sog. Adhäsionsprozeß, wonach der Strafrichter über den Civilanspruch mitverfügt, als eine wahre Ausnahme; gerechtfertigt nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, aber um so mehr, als das verurtheilende Straferkenntniß auch den Civilrichter ohnehin binden würde [18]). In der Regel ist jedoch das Strafgericht bei Entschädigungsansprüchen in der Lage, das Recht auf Schadensersatz

---

Notiz zu nehmen und sie an den Staatsanwalt mitzutheilen, ist eine ganz andere Frage.

15) Vgl. Wetzell Not. 56. — Daß die Partei die Sistirung des Civilproz. und vorgängige Einleitung des Strafverfahrens (mittelst einer Art von exc. praejud.) sollte fordern können, ist nach der heutigen total veränderten (durch die Verfolgung im Namen des Staates) Beschaffenheit des Strafprozesses aus röm. Stellen nicht zu rechtfertigen. — Ueber die Praxis s. Seuffert XI, 298; XVI, 248.

16) Nachweise s. bei Marant. Spec. P. IV diss. 1 nr. 20 sqq. Planck § 48 z. A.

17) Planck a. a. O. Not. 4.

18) Planck § 48; eine neuere Darstellung ist Ortloff, der Adhäsionsprozeß 1864.

nur im Allgemeinen festzustellen, vorbehaltlich der Liquidation des Betrags im Civilwege[19]).

IV. Was endlich die Geltung des in dem einen Verfahren erwirkten Urtheils für das andere betrifft, so verstand sich nach R. R.[20]) und K. R., überhaupt so lange die Wahrheitsfeststellung in beiden die nämliche, die volle Rechtskraftswirkung von selbst[21]). Die Verschiedenheit der Beweistheorie aber zwingt zu mühseligen Unterscheidungen.

A. Das Strafgericht hat erkannt, und zwar

1. auf Civilentschädigung. Dieses Urtheil bindet, wie bereits bemerkt, den Civilrichter; durch dasselbe ist das Entschädigungsrecht zwischen dem Beschädigten und dem Delinquenten in thesi judikatsmäßig festgestellt (Nr. III).

2. über die Schuld des Angeklagten.

Hier gilt

a. die Freisprechung nicht unbedingt für den Civilrichter maßgebend. Denn der Civilprozeß hat zur Eruirung der (formellen) Wahrheit noch Mittel, insbesondere den Eid, deren das Strafverfahren entbehrt. Es ist mithin möglich, daß trotz der kriminellen Freisprechung, die überdies häufig nur die Bedeutung eines non liquet hat, die Deliktshandlung civilistisch konstatirt werden kann[22]).

b. die Schuldigsprechung dagegen soll den Civilrichter binden. Obwohl die Folgerichtigkeit dieses Satzes keineswegs unanfechtbar ist, so beugt sich doch unwillkührlich der Civilprozeß vor dem Resultate des Strafprozesses, weil es auf dem besseren Prinzip der materiellen Wahrheit ruht[23]).

3. über civilrechtliche Fragen, welche als Voraussetzungen

---

19) Wetzell § 41, 65. — Die Voraussetzung der Kompetenz braucht gewiß nicht mehr bes. erwähnt zu werden, wenn stets jeder Strafrichter über die Civilfolgen der von ihm geahndeten Vergehen miterkennen darf. Planck S. 380.

20) Ebendeshalb sind die Bestimmungen über die Präjudizialität; s. 153, III B.

21) Planck S. 527.

22) S. dagegen Schletter's Jahrbb. X S. 123 Not. 15.

23) Das ist der wahre innere Grund und nicht der Gedanke, daß es sich im Strafprozeß um „die öff. Wohlfahrt" handelt. Planck S. 527. — Seuffert XVII, 161.

des Straferkenntnisses in Betracht kommen (s. Not. 12). In dieser Beziehung kann wieder die Annahme des Strafgerichts über Eigenthum, Besitz u. dgl. nicht rechtskräftige Norm des Civilgerichts sein [24]).

B. Die Urtheile des Civilgerichts dagegen bleiben zwar auch für das Strafgericht insofern Judikate, als letzteres die rechtlichen Wirkungen des Judikats anerkennen muß [25]). Allein die Feststellung irgendwelcher Thatsachen im Civilprozeß ist für das Strafgericht nie maßgebend, weil sie nur formale Wahrheit schafft, also nicht ausschließt, daß die Prüfung auf materielle Wahrheit im Strafprozeß ein anderes Ergebniß liefert [26]).

C. Die innere Anordnung des Prozeßinhalts.

§ 155.

1. Die Hauptregeln.

Wenn die Anordnung des Prozeßinhaltes nicht nach dem richterlichen Ermessen, sondern nach gesetzlicher Bestimmung erfolgt (§ 152), so muß die letztere sich zunächst an diejenigen Prinzipien anschließen, welche für den heutigen Prozeß karakteristisch sind.

Durch das Prinzip der Zweiseitigkeit (§ 98), aus dem für das schriftliche Verfahren die Trennung der Angriffs- und Vertheidigungshandlungen (§ 110), der Behauptung und Responsion (§ 111) hervorgeht im Zusammenhalt mit der Verhandlungsmaxime (§ 99), ist der Fundamentalsatz der inneren Ordnung des

24) Aus den zu Nr. 2 berührten Gründen unbedingt für den Civilrichter bindend soll das Straferkenntniß in jeder Beziehung sein nach dem Pr. E. § 293.

25) Wenn also das Civilgericht dem X. das Eigenthum oder eine Schuldsumme rechtskräftig zuerkannt hat, so steht das auch für das Strafgericht, wohl bemerkt ex judicato, fest.

26) Daher denn die widerwärtige Erscheinung (s. auch L. 25 Cod. 4, 19), daß so oft versucht wird, das Resultat des Civilprozesses im Strafwege umzustoßen. Vgl. Endemann, Archiv für civ. Pr. Bd. 41. S. 121. — Ich begnüge mich hier, die Sätze, mit denen sich die bessere Praxis in den unvermeidlichen Kollisionen so leidlich, als es geht, abfindet, zusammenzustellen. Ueber die Ursache des Uebels s. Beweislehre § 32.

Prozesses gegeben, daß überhaupt zu einer Vertheidigung erst nach dem Angriff, zu einer Erklärung erst nach der Behauptung aufgefordert werden kann, aber auch aufgefordert werden muß[1]).

Allein durch diesen den Aneinanderschluß der Parteienhandlung im Einzelnen durch den ganzen Prozeß hin bedingenden Grundsatz wird noch nicht darüber entschieden, wie, sei es bei einfachem, sei es bei zusammengesetztem Prozeßstoff, die Behandlung der einzelnen Theile in sukzessiver Folge oder in gleichzeitiger Erledigung von Statten geht.

Darin ist wohl gegenwärtig, trotz des Prinzips der gesetzlichen Ordnung (§ 152), Einstimmigkeit, daß die Erledigung der im Laufe des Prozesses vorkommenden getrennten Inzident- oder Nebenpunkte je nach ihrer Beschaffenheit, sowohl was den geeigneten Zeitpunkt, als auch was ihre etwaige (sistirende) Wirkung auf den Hauptprozeß anlangt, dem logischen Richterermessen anheimgestellt erscheint[2]).

Von der Behandlung solcher zufälligen Bestandtheile des Prozeßinhaltes abgesehen aber erscheint im Uebrigen die innere Gliederung des nothwendigen Prozeßinhaltes um so fester gesetzlich fixirt. So wenig es vom Belieben der Parteien abhängt, wann und was sie im Laufe des Prozesses vornehmen wollen, so wenig verfügt das richterliche Ermessen darüber, in welcher Reihenfolge die Verhandlungen geschehen oder die Entscheidung erfolgt. Weder die Erwägung der Zweckmäßigkeit, noch die Erwägung der logischen Nothwendigkeit hat Macht, die einzelnen Theile, welche sich selbst bei dem einfachsten, geschweige denn bei einem zusammengesetzten Prozeßinhalt geltend machen, je nach ihrem logischen Verhältniß zu ordnen. Soweit die gesetzliche Ordnung reicht, kommt innerhalb ein und desselben Prozesses selbst der logisch präjudizielle oder präparatorische Karakter der einzelnen Bestandtheile nicht dergestalt in Betracht, daß der Richter darnach die

---

1) Anders im mündlichen Prozeß, wo die gemeinsame Aktion beider Parteien in derselben Verhandlung vorausgesetzt wird.

2) Dem in § 152, 2 angedeuteten Versuch der älteren Lehre entgegen hat also der Richter zu erwägen, wann und wie er präparatorische, präjudizielle, inzidente Nebendinge abthut. Denn es ist unmöglich, darüber abstrakte Vorschriften zu ertheilen. — S. auch Renaud § 148.

Reihenfolge der Verhandlung oder Erledigung dem entsprechend bestimmen könnte.

Hauptsächlich sind es zwei Grundsätze, welche, abweichend von dem älteren Prozeß, für den Verlauf des heutigen Verfahrens maßgebend und daher im Folgenden ausführlicher darzustellen sind: einmal der unter dem Namen der Eventualmaxime bekannte Grundsatz, daß alle Vertheidigungsmittel gegen die Klage sowie gegen jeden andern Angriff des einen Theils von dem Gegner uno actu zusammengefaßt werden müssen (§ 156), und sodann der andere Grundsatz, daß die Erledigung der streitigen Thatfrage ausgeschieden und zu einem eigenen Abschnitt des Prozesses formirt wird (§ 157).

Unter dieser gesetzlichen Ordnung ist die Befugniß des Richters, nach konkretem Bedürfniß innerhalb des Prozesses zu trennen, aus dem Prozeß hinauszuweisen, zu einem Prozeß, oder zu gleichzeitiger Verhandlung zu verbinden, die Reihenfolge der Verhandlung und Entscheidung zu bestimmen, fast ganz verloren gegangen [3]).

§ 156.

a. Insbesondere die Eventualmaxime.

Martin § 101; Linde § 144; Heffter § 210; Schmid § 84; Bayer § 12, C.; Osterloh § 29; Wetzell § 71; Renaud § 79.

I. Das R. R. betrachtet jeden Prozeßinhalt insofern als ein Ganzes, als die Wirkungen der Litiskontestation und des Judikats allemal den gesammten Thatbestand (§ 145, 3 u. § 137), auch selbst dasjenige Thatsachenmaterial, welches blos als Voraussetzung oder Nebenmoment der Begründung benutzt worden war, definitiv erledigten. Ebendeßhalb, weil die Konsumtion der res stets als eine absolut totale erschien [1]), war den Parteien die Befugniß einer praescriptio, später exceptio praejudicii gegeben. Dadurch konnte ein präjudizieller Punkt, besonders der der Sach-

---

3) Zur Kritik, namentlich vom Standpunkte der Mündlichkeit aus, s. v. Bar, Recht u. Beweis im Civilproz. V u. IX.

1) Gleichviel auf welchem Grund die Sentenz, insbesondere die zurückweisende, basirte; s. § 145, III.

legitimation, welcher im vorliegenden Prozeß nur als Nebenfrage auftrat, und dessen Entscheidung gleichwohl nach dem oben Gesagten unter den Parteien res judicata schaffte, ex professo zur getrennten Feststellung gebracht werden[2]).

Allein, wenn auch der fertige Prozeß sonach als ein Ganzes galt, so ging er doch in seinem Werden aus einer Reihe einzelner Handlungen hervor. Sowohl in dem Formularprozeß innerhalb eines jeden der zwei Abschnitte des jus und judicium, als auch in dem einheitlichen Prozeß der späteren Kaiserzeit konnte in mehrfachen Terminsverhandlungen, die nicht etwa für sich bestanden, sondern an einander schlossen, verhandelt werden[3]). Die Anordnung, in welcher Weise und Folge bei verwickelteren Sachen die einzelnen Punkte des in das judicium verwiesenen Stoffs[4]) vorzutragen und zu beweisen waren, blieb dem freien Ermessen des judex überlassen. Wenn auch regelmäßig ohne Zweifel, wie die einfache Logik ergab, erst die dilatorischen oder Formeinwände, dann die Begründung der Klage, weiter die der Einreden und Repliken vorgenommen wurden, so gab es doch keine absolute Vorschrift. In dieser freien Handhabung kamen insbesondere die für andere präjudiziellen Punkte zu ihrem natürlichen Recht. Im nachdiokletianischen Prozeß mußten zwar die dilatorischen Einreden vor, die peremtorischen nach der Litiskontestation vorgeschützt werden[5]), allein auch hier hatte der Richter zu bestimmen, in welcher Reihenfolge die einzelnen Punkte erledigt, namentlich auch die Beweise geführt werden sollten[6]). Innerhalb der Mündlichkeit

2) Das ist die eigentliche Bedeutung der schwierigen (s. Wetzell § 64, 63 ffl.) exc. praej. Endemann, Prinzip der Rechtskr. S. 84 ff. Vgl. Buelow de praej. exc. p. 51; Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 400; Planck, Mehrheit S. 208. Die Einzelheiten dieses Instituts sind als unpraktisch hier zu übergehen.

3) Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II § 84, 24; § 108 Nr. 2; III S. 252; Puchta, Kurs. II § 185.

4) der alle, vor der lit. cont. vorgeschützten (§ 170 I) dilatorischen u. peremt. Einreden umfaßte.

5) Wetzell § 14, 26. 92; § 70, 12.

6) Bethmann-Hollweg III S. 273. — Gegen die Gefahr der daraus sich möglicherweise ergebenden Verschleppung dienten die Vorschriften über die Prozeßverjährung, s. § 117, 1, welche folgeweise die Parteien

findet sich die zweckmäßige Ordnung der Verhandlungen, wenn diese überhaupt getheilt werden müssen, auf diesem Wege von selbst.

II. Der K. Prozeß dagegen machte aus der freien logischen Folge im Zusammenhang mit der sich heranbildenden Schriftlichkeit eine Zwangsordnung. Unbedingt waren der Klage gegenüber zuerst die exceptiones litis ingressum impedientes (§ 171, I A) abzuthun, und zwar, wenn deren mehrere waren, einzeln. Erst nachdem durch deren Verwerfung die Pflicht zur Einlassung auf die Klage konstatirt war, kam es zur Litiskontestation und Verhandlung über die Klagbegründung. Darnach erst konnten die übrigen Einreden erwogen werden, über die dann wieder, wenn gleich allmählig im Interesse der Abkürzung, wie auch für die dilatorischen Einreden, gemeinsames Vorschützen aller in einem Termin vorgeschrieben wurde[7]), einzeln zu verhandeln war. Trotz mancherlei weiterer Abkürzungsmaßregeln durch Präklusion[8]) blieb das sukzessive Vorbringen und Verhandeln der Vertheidigungsmittel, sowie auch der Beweise, leitendes Prinzip, wenn gleich andrerseits nicht ausgeschlossen war, daß der Richter um der Zweckmäßigkeit willen auf Kumulation hinwirkte[9]). Unter dieser festen Anordnung nach abstrakter Regel verschwand die logische Präjudizialität und das freie Zweckmäßigkeitsermessen fast ganz.

III. In dieser Gestalt fand der Prozeß in Deutschland Eingang. Allein bei der grenzenlosen Verschleppung, welche unvermeidlich damit verbunden war, machte doch die Reichsgesetzgebung Anstrengungen, das Verfahren immer mehr zusammenzuziehen[10]). Indem die Klage immer entschiedener eine einheitliche Handlung wurde, die fertig begründet, ohne daß eine sukzessive Begründung noch denkbar, schriftlich eingereicht werden mußte (§ 164), war es auch angezeigt, die Vertheidigungen gegen die Klage in einen Akt zusammenzufassen. Sehr allmählig ging man

---

nöthigten, vor Ablauf der Zeit thunlichst Alles zusammenzufassen. Wetzell S. 908; Nov. 115 c. 2.

7) c. 4 X. de exc. 2, 15; Durant. II, 1 de exc. § 3 nr. 4.

8) Wetzell § 49, 85 ffl.

9) Wetzell § 71 nach Not. 9.

10) S. bes. Albrecht, die Ausbildung des Eventualprinzips, 1837.

in dieser Richtung vor [11]). Indessen bezeichnet der J.R.A. § 37 einen gewissen Abschluß, indem er verordnete, daß alle dilatorischen und peremtorischen Einreden zugleich mit der Einlassung auf die Klage bei Strafe der Präklusion vorgeschützt werden sollten. Aber selbst die forideklinatorischen Einreden gegen die Kompetenz oder Person des Richters hat die neuere Praxis an die Litiskontestation, die sich eventuell anschließen muß, herangezogen [12]).

Da nun auch die Erklärung und Gegenvertheidigung auf alle diese Einreden erfolgen muß, so erstreckt sich die gesammte fernere Verhandlung und auch der Beweis gleichzeitig auf das gesammte, konzentrirte Vorbringen. Durch den ganzen Prozeß hin ist es fester, durch Androhung der Präklusion (§ 112) gesicherter Grundsatz, daß auf jede Angriffshandlung und Behauptung alle Vertheidigungen und Erklärungen uno actu erfolgen müssen [13]). Diese Methode der Behandlung nennt man die Eventualmaxime [14]).

Als formale Rechtfertigung des logischen Widerspruchs, der sich zwischen den einzelnen Vertheidigungsmitteln leicht ergibt [15]), dient die Annahme, daß die Verbindung nur eine eventuelle (für den Fall des Bedürfnisses) sein soll. Das heißt also: die Konzentration des gesammten Prozeßmaterials ist doch nur eine äußerliche, während innerlich für die Beurtheilung die einzelnen Theile in ihrer Folge getrennt zu halten sind und zumal im schriftlichen Prozeß getrennt gehalten werden können. Immerhin hat die Eventualmaxime im Zusammenhang mit der Präklusivität neben der blosen Zeitersparniß den Vortheil, daß sie die frühere totale Auflösung des Prozeßinhaltes in einzelne Stücke verhütet und

---

11) S. darüber Wetzell § 71, 19 ffl.

12) Wetzell S. 914. S. dazu § 173, III.

13) Das gilt für beide Theile, für alle Instanzen und Abschnitte: Renaud Not. 11—15. — Vgl. unten § 208. 229.

14) Die Ausbildung derselben ergibt sich so schlagend aus dem praktischen Bedürfniß und den Mißständen der roman. Prozedur, daß ich nicht weiß, wie man auch hier wieder auf altgermanische Ideen kommen soll. Wetzell Not 14. Der altd. Proz. hatte sicher von einer so künstlich-doktrinären Institution, wie das Eventualprinzip ist, keine Ahnung.

15) Wenn z. B. der in der Klage behauptete Empfang des Darlehns geleugnet und zugleich die Einrede der Zahlung opponirt wird.

dessen Einheit, wenn auch zunächst auf rein formellem Wege, wieder zum Bewußtsein bringt [16]). Für den gemeinen schriftlichen Prozeß gilt sie so streng, daß der Richter weder ex officio, noch auf Grund einer exceptio praejudicii hin, welche demnach in diesem Sinne (Not. 2) völlig verschwunden ist, davon abweichen darf. Ja, man zweifelt sogar, ob kompromißweise die Parteien die getrennte Behandlung eines einzelnen ihnen präjudiziell erscheinenden Punktes erzielen können [17]).

§ 157.

b. Trennung von Behauptung und Beweis.

Martin § 124; Linde § 185. 238; Heffter § 280; Schmid § 94; Bayer § 161; Osterloh § 178; Wetzell in § 71; Renaud in § 99. — Dazu bes. Planck, die Lehre von dem Beweisurth. 1848. v. Bar, Recht u. Beweis im Civilproz. 1867.

Während der Prozeßinhalt gemeinrechtlich nach der einen Seite durch die Eventualmaxime konzentrirt wird, theilt er sich

---

16) Ganz anders steht die Sache für den Mündlichkeitsprozeß. Vgl. dazu Renaud Not. 16. 17. Hier kann man zwar auch fordern, daß alle Einwendungen sammt der Einlassung zusammen vorgetragen werden; aber in der Bestimmung der Reihenfolge der Verhandlung und Beweisung, da bei Mündlichkeit die einzelnen Punkte, um der Uebersicht willen, getrennt gehalten werden müssen, hat nothwendig der Richter wieder freiere Hand. Die neueren Gesetze und Entwürfe sind freilich keineswegs damit im Reinen, wie weit die Eventualmaxime aufzugeben. Die getrennte Verhandlung der dilat. Einwände (s. auch über das engl. Recht Rüttimann § 259 ffl.) ist in mehreren anerkannt. Vgl. überh. Han. P.O. § 202 (196). 344; Bad. P.O. § 317. 318; Lüb. P.O. § 61; Old. P.O. § 210. 224 ffl.; D. E. § 243; Bair. Art. 162. — Außerdem ist noch einer anderen Zerspaltung des Prozeßstoffs zu gedenken, die in der neueren Legislation beliebt wird, bes. im Preuß. E. Nämlich des Grundsatzes, daß jede mündliche Verhandlung des einen Termins ein abgeschlossenes Ganzes für sich bilde. Jeder neue Termin ist gleichsam ein neuer Prozeß. Dieser gewiß nicht natürliche, und, wie der röm. Prozeß lehrt, keineswegs nothwendige Gedanke wird nur dadurch veranlaßt, daß das Gericht gar keine Prozeßleitung mehr haben, sondern nur über das entscheiden soll, was ihm vorgetragen wird.

17) Indem die Eventualmaxime gleichsam als ein Stück der öffentl. Ordnung erscheint.

nach der andern dadurch, daß die Erörterung des streitigen Rechtsverhältnisses, nach gemeinem Recht sogar durch ein eigenes Zwischenerkenntniß, das Beweisinterlokut (§ 177), von der Bewahrheitung desjenigen, was an relevanten Thatsachen streitig unter den Parteien ist, geschieden wird.

Dadurch zerfällt der Prozeß, abgesehen von den Rechtsmittelinstanzen, mit seinem Verlauf von der Klage bis zur Endsentenz in zwei Abschnitte, von denen der erste jedesmal, der letztere nur dann vorhanden, wenn dazu Bedürfniß ist.

Diese Theilung erinnert, zunächst rein äußerlich genommen,

I. an die zwei Abschnitte, welche dem R. Proz., zwar nicht der ältesten Zeit[1]), wohl aber seitdem Geschworne oder Privatrichter regelmäßig mitwirkten, eigen waren. Eben deshalb aber, weil wesentlich durch die Gerichtsverfassung geboten, läßt sich die in dem ordo jud. vollendete Trennung von jus und judicium nicht mit der des vorbereitenden und Beweisverfahrens vergleichen.

In jure findet die Instruktion und rechtliche Formulirung des Prozesses statt. Der Prätor ertheilt, nachdem sich herausgestellt, daß die Parteien streiten wollen (§ 107, I A), den für die Sache passenden Rechtssatz (formula). Von einer Tendenz, das Thatsächliche auszuscheiden, ist auch in jure keine Spur. In judicio aber wird innerhalb der Formel sowohl über das Rechtliche, wie über das Thatsächliche verhandelt und entschieden[2]). Mit Aufhebung des ordo jud. fiel diese Trennung hinweg. Die Verhandlungen gingen nun in einem Zuge fort. An die Feststellung dessen, was streitig, schloß sich Beweis und Kognition unmittelbar an. Nach welcher Ordnung, bestimmte sich frei nach Zweckmäßigkeit

---

1) Bethmann-Hollweg I § 22, 1.

2) Daß von einer prinzipiellen Scheidung der That- und Rechtsfrage, die erst das Produkt einer gekünstelten, schematistischen Doktrin ist, nicht die Rede sein konnte, s. Bethmann-Hollweg I § 26. Die Ausscheidung dessen, was des Beweises bedarf, macht sich in der mündl. Verhandlung von selbst. Immerhin hat die Formel darin Aehnlichkeit mit dem Beweisinterlokut, daß sie die Klage im Allg. für rechtlich möglich erklärt. — S. im Näheren über den Karakter des jus u. judicium ihrem Inhalte nach: Rudorff, R.G. II § 76; Bethmann-Hollweg, II § 84. 108; Planck § 14; Endemann, Beweislehre § 3. 4.

und Logik. Eine Einrichtung, welche die gesammte Bewahrheitung einem eigenen Prozeßabschnitt zuweist, fehlte gänzlich [3]).

II. Auch der kan. mittelalterl. Prozeß verfuhr ohne gesondertes Beweisverfahren. Eine Gliederung des Verfahrens läßt sich darin erkennen, daß die nach der formalistischen Methode immer wichtiger werdenden Einwendungen gegen die Legalität der Klage, als praeparatoria judicii, d. h. als Streit um die Pflicht der Einlassung auf die Sache selbst, einen besonderen Theil des Prozesses vor der Litiskontestation bildeten (§ 156, II), während mit dieser der Streit in der Sache selbst, um den materiellen Inhalt der Klage, die peremtorischen Einreden u. s. w. begann. Einer Ausscheidung der Thatfrage durch Urtheil aber bedurfte es weder in dem einen, noch in dem andern Abschnitt. Denn sobald sich ein Leugnen der Thatsachen ergab, hatte der Behauptende seine Behauptungen in Positionen zu formuliren, aus deren Beantwortung (§ 111, 12) sich allemal von selbst ergab, was noch des Beweises bedurfte. Dieser Beweis wurde nun von den Parteien sofort vorgenommen. In solcher Weise fand der Beweis der Präliminarpunkte, der Klage, der Einreden, Repliken, oder auch nur einzelner Theile seinen Platz, ohne daß irgend daran gedacht wurde, alles zu Beweisende zusammenzufassen und einem eigenen Abschnitt zuzuweisen. Der Prozeß zerfiel also möglicherweise äußerlich in eine ganze Reihe von Unterabschnitten, in denen bei jedem einzelnen Punkt der Streit um die legalen Voraussetzungen zwar voranging, die Beweisung der thatsächlichen Prämissen, wenn es deren bedurfte, nachfolgte, aber ohne daß diese theoretisch unterscheidbaren Momente äußerlich als besondere Stadien geschieden worden wären. So lange noch kein Interlokut existirte, schloß sich die Wahrheitsfeststellung überall an die Parteienverhandlungen über den betreffenden Punkt alsbald und von selbst an. Der Prozeßstoff zersplitterte sich, allein in der Zersplitterung gab sich keine Veranlassung, die Rechts- und die Thatfrage formell aus einander zu halten [4]).

III. Das ältere germanische Verfahren hatte zwar ein Be-

---

3) Bethmann-Hollweg III § 155.

4) Nachweise s. bei Planck § 9. 10; Endemann a. a. O. § 7.

weisurtheil zu dem Zwecke, um zu bestimmen, welche Partei das bessere Recht habe, ihre Behauptungen eidlich zu erhärten[5]), allein es erhellt, daß ein solches Urtheil einen ganz anderen Sinn hatte, als das Beweisinterlokut, welches die Rechtsfrage entscheidet und die zu beweisenden Thatsachen fixirt[6]). Ohnehin verschwand dies Beweisurtheil durch Rezeption des roman. Prozesses. Man verfuhr nun ohne alle formelle Scheidung der Behauptungen und des Beweises. So selbst noch nach den Reichsgesetzen[7]). Die üblichen Positionen oder Artikel (§ 111, V) genügten, den streitigen und daher beweisbedürftigen Theil der Behauptungen an jeder Stelle des Verfahrens zu fixiren[8]). Der Zustand war mithin ganz derselbe, wie in dem Kan. Proz.

Das änderte sich zunächst einigermaßen dadurch, daß die Artikel in die Klage verlegt wurden (§ 111, 17). Indem der artikulirten Klage gegenüber sofortige Einlassung geboten war, schob sich nun der ganze Streit um die Präliminarpunkte und deklinatorischen Einreden vor die Einlassung und die Beweisung der geleugneten Klagartikel. Der Beweis des materiellen Klaginhaltes und des Inhaltes der nicht blos deklinatorischen Einreden wurde also von dem Vorbringen selbst möglicherweise weit aus einander gerissen. Indessen fehlte immer noch die Bezeichnung förmlicher Trennung durch ein Beweisinterlokut. Die Parteien wußten immer noch, so lange die Artikelform erhalten blieb, von selber, was

---

5) Das hängt mit dem § 181, II zu erwähnenden Beweisrecht zusammen.

6) Planck a. a. O., bes. § 7. 9; Langenbeck, Beweisführung S. 203 ffl.; v. Bar a. a. O. 13 ffl. Ueber den Stand der Ansichten bezüglich dieses Urtheils s. auch v. Bar, das Beweisurth. des germ. Proz. 1866, dessen Resultate (daß das Beweisurtheil nach Wahrscheinlichkeitsgründen das Beweisrecht vertheile) man für die entwickeltere Stufe des germ. Prozesses anerkennen kann, wenn auch die Begründung hinter der Darstellung Planck's zurückbleibt.

7) Z. B. R.K.G.O. von 1555; Wetzell Not. 33 ffl.; Planck § 24 z. A.

8) Das Gericht hatte zwar über die Erheblichkeit der Artikel allenfalls zu erkennen; s. z. B. R.K.G.O. von 1555 III, 26 § 1; Mev. dec. II, 301 nr. 4; aber nicht über Beweislast oder Beweissatz. Planck § 24.

zu beweisen [9]). Als aber endlich auch die Artikel der Klage fielen und zugleich durch die Eventualmaxime der gesammte, früher in einzelne Theile zerspaltene Prozeßstoff, sowohl auf Seiten des Klägers, als des Verklagten, in Eins zusammengedrängt wurde (§ 156), erschien es ungleich schwieriger für die Parteien, aus der kurzen, nervosen Gesammtdarstellung und Erklärung dasjenige, was erheblich und folglich zu beweisen nöthig, auszuscheiden. Es stimmte zu dem zunehmenden bureaukratischen Wesen des Prozesses, das nicht mehr den Parteien allein zu überlassen. Der Richter ist es seitdem, der mit der Beurtheilung der formellen, dilatorischen Einwendungen aus den gegenseitigen Handlungen das Facit des Streitigen zieht, das noch zu Beweisende bezeichnet [10]) und die jetzt durch das Zusammendrängen des gesammten Materials ebenwohl viel schwieriger gewordene Frage der Beweislast entscheidet. Erst nach dem J.R.A., nicht durch Gesetze, sondern durch den Instinkt der Praxis hat sich das Beweisinterlokut festgesetzt und später in fast alle Gesetzgebungen Eingang gefunden [11]). Seitdem ist das Beweisinterlokut, dem deshalb die Stellung einer sententia vim definitivae habens angewiesen wurde [12]), der Mittelpunkt des Streites, die Entscheidung der Rechtsfrage, welche das Endurtheil unter der Voraussetzung des Beweises bereits in sich trägt.

IV. Für den gemeinen Prozeß hat man daher zu unterscheiden:

A. das vorbereitende oder erste Verfahren, auch Schriften=

---

9) S. über ähnliche Entwicklung in Frankreich Schäffner III S. 514.

10) Das sagt sehr bezeichnend derselbe J.R.O. in § 50, der die Eventualmaxime und die Abschaffung der Artikel zum Abschluß bringt.

11) Planck § 25. Alle Nachweise dieser gründlichen Darstellung bestätigen die hier gegebene Erklärung. „Die Reaktion des deutschen Rechts", der Einfluß german. Rechtsbewußtseins, aus dem denn auch hier wieder den Sachsen ein übertriebenes Lob gemacht wird, vermag ich hier, wie anderswo, nicht hoch anzuschlagen. Noch minder die „Doktrin", die Alles machen soll. — In England kein Int., da die Parteien aus den Protokollen wissen müssen, was zu beweisen ist. Rüttimann § 344.

12) Wenn auch erst allmählig und nicht ohne Widerstreit; s. Planck das. S. 216 ffl. — Vgl. über diesen Begriff § 139, 13. 15.

wechsel genannt. Es soll eine vollständige Uebersicht des Streitstandes, d. h. über alle positiven und negativen Behauptungen der Parteien liefern [13]). Dazu dienen wechselseitige Handlungen der Parteien (§ 98. 110. 111). Letztere haben die Aufgabe, dem Richter das Material zu liefern. Dieser entscheidet auf deren Grundlage über die Erheblichkeit und die Begründung, über die äußere und innere Legalität des Klaganspruchs, der Einreden, kurz, des sämmtlichen gegenseitigen Vorbringens, und erkennt entweder, wenn nichts mehr bestritten ist, oder soweit es an den rechtlichen Voraussetzungen der Klage fehlt, sofort endlich, oder setzt, wenn erhebliche Behauptungen bestritten sind, indem er nur bedingungsweise über die rechtliche Begründung erkennt, fest, was und von wem noch zu beweisen ist [14]).

In diesem Sinne erledigt das Verfahren „die Rechtsfrage". Man erkennt, daß diese Erledigung das umfaßt, was nach älterem Recht vor die Litiskontestation fiel, den Streit um die (dilatorischen) Einwendungen gegen die Pflicht der Einlassung auf die Klage. Allein je mehr das moderne Prozeßrecht die blos formellen Einreden abschneidet und abkürzt, desto mehr geht die Erinnerung, daß zuvörderst um die Einlassungspflicht gestritten werde, verloren. Alsdann erscheint als eigentliche Aufgabe dieses Stadiums die gesammte rechtliche Beurtheilung der Verhandlungen, unter Vorbehalt der noch erforderlichen Bewahrheitung. Das Beweisinterlokut stellt insofern den rechtlichen Rahmen auf, in dem sich nun noch der Streit um die Wahrheit bewegt. Das heißt: man nähert sich sichtlich wieder der Idee des röm. Formularprozesses [15]). Zugleich konstatirt durch das Interlokut, indem dies nicht mehr den Par-

13) Nur in diesem Sinne kann man mit Wetzell S. 916 sagen, die Erörterung der „Thatsachen" sei Gegenstand des ersten Verfahrens; nämlich von Seiten ihrer Relevanz und Legalität. Vgl. auch § 163, I.

14) Wetzell nach Not. 40; s. unten § 179. 180. In der Feststellung des Streitigen ersetzt der Richteraft des Interlokuts zum Theil das, was nach röm. R. die Parteien durch die Litiskont. thun.

15) Darin, daß es die Formel vertritt, liegt denn auch, wenn man es aufrecht erhalten will, die beste Rechtfertigung des Interlokuts. — Diese Formel wird freilich lediglich von der Richtergewalt aus sich herausgefunden, während im röm. R. unter Mitwirkung der Parteien.

teien selbst, mit oder ohne Beihülfe artikulirter Formulirung, überlassen wird, der Richter, was von Thatsachen noch des Beweises bedarf (§ 107, 43); ein Zweck, der freilich so gut wie verloren geht, wo generelle Beweisauflagen (§ 179, 8) in Gebrauch sind.

B. An das Beweisinterlokut schließt sich das Beweis- oder Hauptverfahren [16]), in welchem die streitig gebliebenen Thatsachen bewahrheitet werden. Aeußerlich und innerlich von der nämlichen Struktur, wie das vorbereitende Verfahren, macht sich gleichwohl leicht die Erwägung geltend, daß die Erledigung der Thatfrage etwas für sich Bestehendes sei [17]). Mithin sind Behauptung und Beweisung völlig getrennt. In dem vorbereitenden Verfahren brauchen die Parteien nur zu behaupten; in dem Hauptverfahren gilt es, da alles Uebrige durch das Interlokut schon abgethan ist, nur noch die Bewahrheitung.

Hiernach sind zwar nicht beide Abschnitte in dem einzelnen Prozeß nothwendig vorhanden; aber sie sind nothwendig, sobald nach den ersten Verhandlungen Streit über erhebliche Thatsachen übrig bleibt. Durch diese Gliederung spaltet sich, indem Alles, was von den nach der Eventualmaxime in dem ersten Abschnitt zusammengedrängten Behauptungen und Einwendungen der Parteien noch des Beweises bedarf, dem Beweisverfahren zugewiesen wird, der ordentliche Prozeß in ein Stadium der blosen Behauptung und ein Stadium der Bewahrheitung. Beide werden vermittelt durch ein hypothetisch die Rechtsfrage entscheidendes Erkenntniß, welches deshalb möglich ist, weil die Parteien vermöge der präklusiven Natur des Prozesses durchaus an ihre Behauptungen und Erklärungen, so wie sie im ersten Verfahren enthalten, gebunden sind. Nach gemeinem Recht ist jenes Erkenntniß als bedingtes Endurtheil der Rechtskraft fähig, also für den Richter,

---

16) Ueber die Berechtigung dieses Namens für den gem. Proz. ließe sich häufig streiten. Ist es eine Reminiscenz an die Idee, daß eigentlich nur bei thatsächl. Bestreiten ein wahrer Streit vorliegt?

17) Daher in neueren Gesetzen oft erhebliche Modifikationen der Gliederung, Form und Methode des Beweisverfahrens, die hauptsächlich damit zusammenhängen, ob man die Beurtheilung des Beweises auch als reine Rechtsfrage (s. § 181) behandelt, oder nicht.

wie die Parteien[18]), unabänderlich maßgebend. Eben dadurch vollzieht sich die völlige Trennung von Behauptung und Beweisung. Die Rechtsfrage, d. h. die Frage der rechtlichen Begründung der Klage, Einrede u. s. w. ist definitiv, die der faktischen bedingungsweise insofern erledigt, als dadurch die Erheblichkeit und Zulänglichkeit der Thatsachenbehauptungen anerkannt wird[19]). Dieses Prinzip gilt ebenso gut für die Rechtsmittel-, Exekutions-, Inzidentstreitsinstanz, wie für die erstinstanzliche Verhandlung der Hauptsache. Es erstreckt sich gemeinrechtlich über den ganzen Prozeß.

Indessen haben viele moderne Gesetzgebungen die daraus entspringende Gliederung modifizirt, indem sie das Beweisinterlokut der Rechtskraft entkleiden[20]), oder im Interesse der Abkürzung[21]) die Beweisangaben und Beweisbeibringungen mehr oder minder schon mit den ersten Verhandlungen verbinden[22]).

---

18) Im Sinne des § 140 u. § 145 ffl. Ueber den Inhalt s. im Näheren unten § 177.

19) Streng genommen muß also der Richter selbst an unerheblichen Beweisauflagen festhalten. Vgl. Seuffert XVII Nr. 160 (mit vielen Citaten) u. oben § 146, 11.

20) Das hat die Wirkung, daß immerhin auch noch nach dem ersten Verfahren Behauptungen und Erklärungen berücksichtigt werden können, die sonst absolut in das erste Verf. gehört hätten. Aus dem Interlokut einen blosen Beweisbeschluß zu machen, ist der Anreiz in demselben Maße gegeben, als die (formalen) Einreden gegen die Einlassungspflicht hinwegfallen. Darum ist die Bedeutung eines „rechtskraftsfähigen Erkenntnisses" keineswegs nöthig, weil es das Beweisthema bezeichnet und die Beweisverhandlung einleitet. Eine solche Bedeutung wohnte und wohnt noch dem Interlokut nur inne, soweit es definitiv über die einstmals einen besonderen Prozeßabschnitt repräsentirenden und durch Zahl und Ausführung so bedeutenden dilatorischen Einreden endgültig entscheidet — oder, wenn und soweit es wirklich, in bedingter Form, aber doch endgültig, die Rechtsbasis der künftigen Endsentenz (Not. 15) feststellt.

21) Wie schon gemeinrechtlich im summar. Prozeß.

22) Allgemeines läßt sich nicht angeben; auch die Mündlichkeitsordnungen sind darin sehr verschieden. Das „vorbereitende Verfahren" der letztern, welches in dem Schriftenwechsel (von Anwalt zu Anwalt, oder durch das Gericht) zur Präparation der mündl. Verh. dient, hat natürlich einen ganz andern Sinn. — Darin stimmen alle überein, daß bei mündl. Verhandlung Behauptung und Beweisangabe unmittelbar zusammengehö-

2. Abweichungen von der regulären Ordnung.

§ 158.

a. von der Reihenfolge der Parteienhandlungen.

Wenn auch die in den vorigen §§ dargestellte Ordnung des Prozeßinhaltes eine gesetzliche und insofern durch das Gericht aufrecht zu erhalten ist, so schließt das doch nicht aus, daß hier und von Seiten der Parteien oder des Richters Abweichungen gemacht werden können.

Dies gilt zunächst von der durch die Verhandlungsmaxime gebotene Reihenfolge (§ 110. 111), der zufolge die Vertheidigung erst nach dem Angriff, die Erklärung erst nach der Behauptung zu erfolgen braucht. Da solches eben nach der Verhandlungsmaxime als ein Recht der Partei erscheint, so kann diese auf die hierin begriffene, im Durchschnitt günstigere (§ 99) Situation verzichten, oder aus Zweckmäßigkeitsgründen vorbeugend schon gegen erst noch zu erwartende Angriffshandlungen oder Behauptungen des Gegners im Voraus Vertheidigungsmittel zur Hand nehmen oder Erklärungen abgeben[1]).

Auf solche Weise können vorweg Geständnisse so gut, wie

---

ren. Allein während z. B. die Lüb. P.O. § 100 ffl. noch ein ganz getrenntes Beweisverf. will, die Han. P.O. § 918 (vgl. 215) ein bindendes Beweisurtheil statuirt u. der D. E. § 281 ffl. 568 eine appellable Beweisverfügung beibehält (ähnlich Bair. E. § 278 ffl.), läßt der Pr. E. § 315 ffl. 395 der Beweisverfügung nur die Bedeutung einer inappellablen, keineswegs bindenden Verfügung des Richters, daß noch Beweis aufzunehmen. Auch die Bad. P.O. § 321. 387 hat nur eine inappellable Beweisauflage. Vgl. Renaud § 209, 28 ffl.; ferner die zahlreichen Gutachten u. Verhandlungen des Juristentags in Bd. 1—3; v. Bar a. a. O. S. 35 ffl. Im französ. Prozeß fehlte bekanntlich das Interlokut von jeher; Schäffner III S. 522 ffl. Engl. Recht s. Rüttimann § 313 (ähnlich dem Röm. Proz., wenn keine Thatfrage, issue in fact, sondern nur Rechtsfrage, issue in law, vorliegt, das sog. demurrer, Entscheidung ohne Geschworne).

1) Dazu ist vollends Anlaß, wenn der abzuwehrende Angriff, z. B. die Exzeption, die Urkundenvorlage u. s. w., an sich eingeräumt werden muß; aber auch, vorsorglich, wenn man jenen zu bestreiten gedenkt. Wetzell § 70, 69 ffl.

Verneinungen abgegeben werden, bevor die Behauptung von der andern Seite gestellt ist. Nicht minder können in der Klage, Beweisantretung u. s. w. Repliken, überhaupt Gegeneinwendungen gegen künftige Einwendungen antipizirt werden, ehe die Exzeption aufgestellt worden [2]). Derartige Antizipationen braucht Niemand zu machen, aber Jeder kann dergleichen machen. Die Antizipationen sind daher außerwesentliche, zufällige Bestandtheile der Klage (§ 165) oder sonstigen Handlung.

Ihre Wirkung ist damit bezeichnet, daß, einmal abgegeben, alle Antizipationserklärungen so zu behandeln sind, wie der übrige Inhalt. Die Partei muß sich daher gefallen lassen, mit auf deren Grund beurtheilt zu werden, gleichviel ob die Antizipation einen für sie vortheilhaften oder nachtheiligen Karakter hat. Als Stück des Inhalts wird sie ferner für die Partei in derselben Weise bindend und nur noch im Wege der Restitution anfechtbar, wie vermöge der Verhandlungsmaxime und der Präklusivität alle übrigen Erklärungen oder Geständnisse [3]).

Allein, daß zunächst die Existenz der Antizipation anzuerkennen und bei der Kognition nicht zu übersehen ist, schließt andererseits nicht ans, daß in der Beurtheilung die vorzeitige Verbindung gelöst und das der regelmäßigen Ordnung entsprechende Verhältniß unterstellt werden muß. Um die rechtliche Bedeutung der Antizipation von Gegenvertheidigungen, Repliken, namentlich in Hinsicht auf die Beweislast, zu erkennen, ist nöthig, dieselbe logisch so aus einander zu legen, als ob die betreffende Behauptung an ihrem getrennten, normalen Platze stände. Zugleich versteht sich von selbst, daß die Prüfung der inneren Beschaffenheit der Erklärung, als Verneinung, Zugeständniß oder Einwand (bzw. Replik), Aufgabe einer weiteren Prüfung ist.

In gewissem Sinn lassen sich als Abweichungen von der regelmäßig gebotenen Ordnung auch die Fälle anführen, wo dem

---

2) Sie sind also rechtlich, wenn auch oft nicht faktisch freiwillig. Letzteres gilt namentlich von der Antizipation der Replik; s. § 165, 30.

3) S. § 112. — Daß man das, insbes. die Wirksamkeit der antizip. Geständnisse, aber mit Unrecht, sobald man erkennt, daß die betr. Antizipationen integrirender Bestandtheil des gesammten Inhaltes sind, bezweifelt hat, s. Wetzell a. a. O.; vgl. auch unten § 198, 13.

Prinzip der Zweiseitigkeit zuwider nur auf einseitigen Antrag hin verfahren wird (§ 98, 7 ffl.).

§ 159.

b. von der Eventualmaxime.

Obwohl die Eventualmaxime, im Gegensatz zu der sukzessiven Reihenfolge und Vereinzelung des Prozeßstoffs, als durchgreifende Regel sich über den ganzen Prozeß erstreckt, ist doch nicht gerade unmöglich, davon abzuweichen. An sich freilich ist dieselbe so sehr Bestandtheil der gemeinen Prozeßordnung, daß dem Richter nicht freisteht, sie willkührlich zu verlassen; selbst nicht aus den offenbarsten Zweckmäßigkeitsgründen[1]).

Indem die Eventualmaxime das logische Verhältniß, welches sukzessive Behandlung erheischen würde, bei Seite setzt, kann nicht einmal mehr die Beziehung des einen Punktes als Bedingung oder Voraussetzung des andern zu einer Abweichung berechtigen. Mithin kann auch keine Partei einseitig durchsetzen, daß dem zuwider ein einzelner Punkt, Einwand u. s. w., weil von präjudizieller Beschaffenheit, zuvörderst allein oder vor dem Uebrigen verhandelt werde. Ebenso wenig darf der Richter, weder um der präparatorischen, noch um der präjudiziellen Qualität einzelner Theile willen die Verhandlungen, welche durchaus zusammengeschoben werden sollen, aus einander legen[2]).

Eine Ausnahme von der Zwangspflicht der Eventualmaxime kann nur die Uebereinkunft beider Parteien unter Sanktion des Gerichtes herbeiführen[3]). Denn das Eventualprinzip erscheint nicht in dem Sinne als wesentlicher Bestandtheil der öffentlichen Prozeßordnung, daß nicht der übereinstimmende Wille der Parteien so viel Raum behielte. Sie können also ausmachen, daß mit Hintansetzung der Gleichzeitigkeit zuerst über das Eine oder das

---

1) Mitunter kommt das in neuester Zeit doch vor; erklärlich aus dem zunehmenden Einfluß der Richtergewalt.

2) Das hindert natürlich nicht, daß in der Kognition das logische Verhältniß aus einander gelegt wird. Renaud S. 387.

3) Eine Art Konventionalprozeß; vgl. § 1, V.

Andere verhandelt werden soll. Und da die Intiative hierzu auch von dem Gericht ausgehen mag, indem es den Parteien eine derartige Reihenfolge unter Darlegung der Gründe proponirt, so ist die Praxis in den Stand gesetzt, wenigstens die ärgsten Extreme und Unzuträglichkeiten der Eventualmaxime abzuwehren.

In neueren Gesetzen sind oft Störungen des gemeinrechtlichen Prinzips geradezu sanktionirt, insofern dem Richter wieder freiere Gewalt, nach natürlicher Logik und Zweckmäßigkeit zu trennen oder zu verbinden, gewährt wird.

c. von dem Prinzip der Trennung des Beweises und der Behauptung.

§ 160.

aa. Antizipation des Beweises und Liquidstellen.

Martin § 315; Linde § 194. 210. 246; Heffter § 396; Schmid § 120; Bayer § 169. 238; Osterloh § 141; Wetzell § 70 Not. 69 ffl.; Renaud § 147; Planck, Beweisurth. § 38; Langenbeck, Beweisf. S. 885 ffl.; Fuchs, Arch. f. c. Pr. Bd. 41 S. 175.

Es ist zunächst wider den in § 157 dargestellten Grundsatz, wenn die eine oder die andere Partei ihre Behauptungen sofort mit Beweisangaben versieht, während der Regel nach damit erst vorzuschreiten sein würde, nachdem durch richterliche Aufforderung das Beweisverfahren eröffnet worden.

1. Eine solche Beweisantizipation[1]) erscheint an sich erlaubt. Den meisten Anreiz dazu bietet im schriftlichen Prozeß der Urkundenbeweis, bei dem sogar die Produktion sofort mit der ersten Verhandlung antipizirt zu werden vermag.

Indessen ist gemeinrechtlich die Aufsparung alles dessen, was die Bewahrheitung betrifft, für das Beweisstadium des ordentlichen

1) Der Begriff und die Lehre der Antizipation in diesem Sinne ist selbstverständlich erst möglich, seit Beweis- und erstes Verfahren getrennt sind. Der Versicherung, daß das R. R. Nichts dawider hat, bedarf es gewiß nicht (Schmid Not. 4). Im K. R. kann nur von der Antizipation die Rede sein, daß in dem Stadium der Verhandlung über die Form der Klage (dilat. Einwendungen) doch schon die thatsächliche Explikation und dann auch der Beweis eingeführt wird.

Prozesses so ausgemachte Regel, daß, wie nirgends ein Zwang der Beweisantizipation, so auch bei Antizipation des Zeugenbeweises, oder der Eidesdelation [2]) keinerlei Verpflichtung des Gegners besteht, darauf sich einzulassen [3]). Auf antipizirten Urkundenbeweis soll allerdings sofort eingegangen werden [4]); wodurch im Falle der Anerkennung der Beweis ganz erspart, oder im Falle des Bestreitens der Echtheit sofort eine Darlegung der letztern veranlaßt werden kann, die zu einem vollen Beweise oder Notheid führt [5]).

Im Uebrigen ist gemeinrechtlich die Antizipation als blose Fakultät nur ein Versuch, den Gegner zu einer Einräumung zu bringen und dadurch förmliche Beweisaufnahme zu ersparen, bzw. dadurch einen gewissen Druck wider Kalumnie oder unnützes Leugnen auszuüben. Mithin bleibt sonst Alles intakt.

Die freiwillige Antizipation alterirt auch nicht die richterliche Kognition über die Beweislast. Es muß trotzdem, soweit nicht durch Zugeständniß vorher der Streit sich erledigt, Beweis auferlegt und das Verfahren eröffnet werden. In diesem ist nicht nur dem Gegner Erklärung und Gegenbeweisführung, sondern auch dem Antizipanten die Ergänzung, Verbesserung oder der Ersatz des Antizipationsbeweises durch förmliche Beweisantretung noch vollständig zu gestatten [6]).

Indessen entstehen da, wo der antizipirte Beweis auch schon produzirt vorliegt, d. i. bei Urkundenvorlage, doch mitunter Zweifel, ob, wenn dieser Beweis bereits voll geführt erscheint, doch noch Gegenbeweis nachgelassen, auf Notheide erkannt, oder gar das förmliche Beweisverfahren, als ob noch Nichts geschehen sei, eingeleitet werden soll [7]). Daraus erklärt sich, warum die mit der Klage, Einlassung u. s. w. vorgelegten Urkunden lieber als

---

2) Wetzell Not. 72. 73; nach der jetzigen Auffassung der juram. delatio; jedoch mit partik. Abweichungen; Renaud Not. 13.

3) J.R.A. § 35. 39. 46. Renaud Not. 12.

4) J.R.A. § 37. 39. Fuchs S. 178.

5) Renaud Not. 9—11.

6) Schmid S. 156 ffl.; Wetzell Not. 75. — Vgl. Seuffert XV, 252.

7) Martin, Vorl. II S. 185; Planck, S. 361, 1.

integrirender Bestandtheil jener Schriften betrachtet werden. Damit entgeht man jenem Dilemma; mit der Einräumung ist dann sicher Alles (confessio in jure) abgemacht.

Neuere Prozeßgesetze machen von der Maßregel, mit den Behauptungen sofort die Beweisangaben zu verbinden, einen immer umfassenderen Gebrauch [8]). Namentlich wird die sofortige Beibringung der Urkunden und die Erklärung darauf häufig zur Zwangspflicht gemacht [9]); eine natürliche Folge davon, daß überhaupt die Trennung des ersten und des Beweisverfahrens (§ 157) verlassen wird.

II. Mitunter aber gestattet nicht blos, sondern fordert sogar das gemeine Recht, daß die Parteien ihre Behauptungen alsbald mit Beweisen oder doch Beweisbenennungen versehen. Man nennt dies das Erforderniß der Liquidität oder Liquidstellung [9a]). Darin liegt zugleich ein Bruch der Verhandlungsmaxime, der zufolge erst abzuwarten wäre, ob der Gegner die Behauptung bestreitet.

Die Beweisführung, die hier im Voraus verlangt wird, kann sehr verschieden sein, blose Induktion (von Zeugen, Eidesantrag oder Anerbieten), oder sofortige Produktion (der Urkunden); förmlicher, solenner, vollständiger Beweis, oder Bescheinigung [10]); liquider (urkundlicher, sofort augenscheinlicher), oder illiquider Beweis [11]). Indessen liegt natürlich der Anreiz nahe, bei solcher Antizipation (oder in continenti-Beweisführung) sofort liquiden Beweis zu verlangen [12]), insofern die ganze Maßregel Abkürzung

---

8) In der mündl. Verhandlung läßt sich das, wie auch im röm. judicium der Fall war, sehr gut verbinden. — Vgl. überh. unten § 216 z. A.

9) Han. P.O. § 134—139. 220; Bad. P.O. 315. 379. D. E. § 124. Dieselbe Bestimmung in England Rüttimann § 241. — Sonst kein Zwang zum Eingehen auf die Antizipation Han. P.O. § 220; Bad. P.O. § 379. 380.

9a) Wetzell § 21, 11 ffl. Freilich gibt es dann auch ein Liquidstellen (d. i. Antipiziren) mit illiquidem Beweis; Not. 3.

10) S. über diesen Unterschied § 182, II.

11) S. darüber § 182, III.

12) Daher denn beides sehr oft in den Lehrbüchern in einander spielt. So auch bei Renaud § 96, 10 ffl.; ebenso in den neueren Gesetzen, s. das. Not. 15 ffl.

des Streites bezwecken soll. In der Regel genügt Bescheinigung im Sinne eines niederen Grades der Beweisführung (§ 182, IV). Die Pflicht sofortiger Bescheinigung tritt unter Anderem ein bei Darlegung des Perhorreszenzgrundes (§ 30, 27), des Provokationsgrundes und anderer Klagbegründungen der summarischen Prozeßarten, des Interesses bei Interventionen (§ 75, 19; 76, 18), des Restitutionsgrundes (§ 112, 15), der Einreden in der Exekutionsinstanz, wie der Kompensationseinrede (§ 255, III), der Chikanelosigkeit bei einzelnen Handlungen [13]), der Appellationssumme, der Gefahr bei Antrag einer Zeugenvernehmung zum etwaigen Gedächtniß (§ 161, 10) u. s. w.

III. Besondere Erwähnung verdient endlich, daß die ältere Theorie den exceptiones rei judicatae, transactae und finitae die Stellung prozeßhindernder, von der Litiskontestation befreiender Einreden nur unter der Bedingung bewilligen wollte, wenn sie sogleich liquid gestellt, d. h. vollständig bewiesen wurden [14]). Ja, man war geneigt, trotz des logischen Anstoßes, der darin lag, daß man auf Grund einer Einrede erkannte, bevor die Klage erledigt, dasselbe von allen peremtorischen Einreden anzunehmen [15]). Allein bei dem Zusammenschieben aller Einreden durch die Eventualmaxime hat dies seinen Zweck verloren. Die Verhandlung muß doch den ganzen Prozeßstoff umfassen, kann also nicht mehr durch eine liquide Einrede erspart werden. Es bleibt nur die Frage übrig, ob die richterliche Kognition sich die Prüfung der Klage und sonstigen Einreden ersparen kann, wenn eine zur Abweisung der Klage führende Einrede jedenfalls bewiesen vorliegt.

Die formale Theorie, der die reale Logik wenig Sorge macht, ist noch immer geneigt, dies zu bejahen [16]). Die gesundere Ansicht, zumal die, welche den Prozeßstoff überhaupt nicht in einzelne Stücke zerreißen mag, neigt sich jedoch entschieden nach der andern Seite [17]).

---

13) Soweit der Kalumnieneid noch gebräuchlich; § 129.

14) Der Grund wird § 171, 16 ffl. ersichtlich werden.

15) Sehr ausführlich nachgewiesen bei Wetzell § 70, 77 ffl. — S. auch Renaud § 200.

16) Wetzell Not. 91.

17) Das ist natürlich kein Fehler mehr gegen die Logik, wenn man aus dem Beweis der Einrede, wie mitunter der Fall sein kann, zugleich den Klaggrund folgern muß. —

§ 161.

bb. Beweis zum ewigen Gedächtniß.

Martin § 315; Linde § 247; Heffter § 493; Schmid § 120; Bayer § 240; Osterloh § 141; Wetzell § 24 Not. 32 ffl.; Renaud § 146; Langenbeck, Beweisf. S. 900 ffl.; Emminghaus, Arch. f. pr. R.-W. N. F. III S. 19.

Aus besondern Gründen kann ferner von der aus § 157 sich ergebenden Regel, daß Beweis erst aufgenommen wird, nachdem feststeht, daß die Parteien über die Wahrheit streiten, und das Beweisverfahren richterlich verfügt worden ist, abgewichen werden. Es kann sowohl innerhalb eines Prozesses an ungewöhnlicher Stelle, als auch außerhalb des Prozesses, selbst bevor derselbe eröffnet worden, eine gerichtliche Beweisaufnahme stattfinden[1]). Im letzteren Fall erscheint dieselbe freilich kaum noch als ein prozessualischer, sondern vielmehr als ein Akt der unstreitigen Gerichtsbarkeit.

Das unabweisliche Bedürfniß einer derartigen Prozedur ergibt sich von selbst.

Ihr Hauptgebrauch ist

I. bei Zeugen. Das R. R. enthält nur die Bestimmung, daß bei drohender Gefahr des Verlustes oder der Erschwerung des Zeugenbeweises die vorzeitige Erhebung und Entscheidung einer an sich noch nicht reifen Klage gestattet ist[2]). Umfassender mußte nach K. R. für Aushülfe gesorgt werden, da einerseits die Zeugenvernehmung als justa probatio erst nach der Litiskontestation vollzogen werden sollte[3]), andererseits durch die Langwierigkeit des Prozesses die Gefahr des Verlustes sich steigerte. Dabei galt es, eben weil eine Ausnahme von der strengen Legalität des Prozesses vorlag, die Form des Verfahrens und die Wirkung genau zu fixiren. Die Kontroverse über die Bedingungen einer Zeugenabhör in

---

1) Wo Beweisaufnahmen notariell stattfinden können, versteht sich die Möglichkeit, sie jederzeit vorzunehmen, von selbst.

2) L. 40 ad leg. Aq. 9, 2; L. 3 § 5 de Carbon. ed. 37, 10; L. 32 de furt. 47, 2; Nov. 90 c. 9. — Von einer Zeugenvernehmung im Prozeß an ungewöhnlicher Stelle (der judex hatte darin ja freie Hand; s. § 157, 2) erhellt Nichts.

3) S. § 157, II. Endemann, Beweislehre S. 226.

Nothfällen[4]) wurde gesetzlich[5]) dahin entschieden, daß, um Zeugen vor der Litiskontestation zur Abhör zu bringen, eine Gefahr bescheinigt sein müsse[6]); und darauf steht noch jetzt Doktrin und Praxis[7]). Auf diesen Grund hin[8]) kann jeder Theil sowohl im Prozesse, als außerhalb eine Zeugenabhörung zu dem Zwecke verlangen, um sich das Beweismaterial zu sichern. Daher der Name probatio in perpetuam rei memoriam. Sie ist die Konversion des gefährdeten Zeugenbeweises in eine Urkunde (Protokoll), die um so weniger Bedenken hat, als in dem schriftlichen Prozeß überhaupt nicht der Zeuge, sondern das Zeugenprotokoll Grundlage der Beurtheilung ist. Um jedoch der außergewöhnlichen Zeugenabhör möglichste Brauchbarkeit zu garantiren, mußten, zumal von der legalen Theorie, thunlichst die Formen der ordentlichen Zeugenvernehmung auf sie erstreckt werden[9]).

Die gemeinsamen Regeln sind:

A. Die interessirte Partei hat ein Gesuch mit Bescheinigung des Grundes, wozu Alter, Krankheit, bevorstehende längere Abwesenheit des Zeugen u. dgl. dienlich[10]), und Darlegung ihres Interesses, welches, wenn der Prozeß bereits anhängig, leicht aus diesem erhellt, sonst aber besondere Ausführung erheischt[11]), anzubringen[12]), und zwar bei dem kompetenten Richter. Dieser ist bei bereits schwebendem Rechtsstreit der zuständige Richter. Bei einem Gesuch vor allem Prozeß muß die Kompetenz dagegen

---

4) Wetzell Not. 32.

5) In c. 5 X. ut lite non cont. 2, 6.

6) Damas. tit. 69; Nachweise über die ältere Lehre s. bei Gaill. I, 92; Carpzov. pr. j. XIII, 7.

7) S. auch R. D. A. 1600 § 28. 83.

8) Ueber die Frage, ob die Gefahr eine augenscheinliche und unverschuldete sein müsse (?), s. Langenbeck S. 904 Urk. d.

9) Neuere Gesetze weichen zum Theil davon ab, indem sie die Natur eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit mehr hervortreten lassen. Han. P.O. § 244; D. E. § 311.

10) Wetzell S. 204; das sind nach c. 5 cit. nur Beispiele; Langenbeck S. 921 Not. d.

11) Osterloh Not. 7. 8.

12) S. auch Han. P.O. § 245; Preuß. E. § 828.

besonders begründet werden[13]). Bei Gefahr im Verzuge will man jedoch jeden Richter für kompetent ansehen.[14]).

B. Der zuständige Richter verfügt, wofern das Gesuch begründet, die Vernehmung, die er selbst vorzunehmen oder nöthigenfalls durch Requisition oder Kommission in's Werk zu setzen hat. Wenn möglich, soll zuvor der Antrag dem zu bezeichnenden Gegner zur Erklärung, Bestreitung, Aufstellung von Fragestücken und Vorschützung von Einreden wider die Zeugen mitgetheilt werden[15]). Indessen wird in der neueren Praxis, weil der Akt durchaus unpräjudizirlich ist, häufig und mindestens bei Gefahr des Verzugs auf einseitigen Antrag hin verfügt[16]).

C. Zu dem Verhörstermin ist der Gegner, es sei denn Gefahr im Verzuge, geladen; nach älterem Recht nur, um der Beeidigung beizuwohnen; nach neuerem dagegen, um bei dem Verhör mitzuwirken[17]). Die Beeidigung und Abhörung geschieht ganz, wie sonst (§ 213). Das Protokoll wurde nach älterem Rechte verschlossen aufbewahrt. Während des Prozesses aufgenommen, konnte es seiner Zeit eröffnet und benutzt werden[18]). War es vor dem Prozeß aufgenommen, so sollte der Kläger binnen einem Jahr dem Gegner denunziiren und Klage erheben[19]). Heutiges Tags aber kehrt man sich daran nicht. Man überläßt vielmehr vernünftigerweise sowohl das vor dem Prozeß und einseitig, wie

---

13) Wetzell Not. 33; cf. Gaill. obs. I, 93. Durch Darlegung, daß die Zuständigkeit für den Anspruch, um den es sich handelt, existire. S. auch Bad. P.O. § 597; D. E. § 312. — Wäre es Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so wäre jeder Richter zuständig, wenn der abzuhörende Zeuge in seinem Bezirk ist; vgl. Preuß. E. § 827; so auch die Bad. P.O. § 517 für den Fall, daß die Abhör vor dem Prozeß beantragt wird.

14) Renaud Not. 13.

15) Wetzell noch Not. 33; Langenbeck S. 921 III. Alsdann ist die richterl. Verfügung eine auf zweiseitige Verhandlung ergehende und daher appellable Sentenz.

16) Han. P.O. § 245; D. E. § 315. — Nachträgliche Anfechtung bleibt alsdann dem Gegner vorbehalten.

17) S. § 213, VI. Gaill. I obs. 94 nr. 4; Langenbeck S. 905. — Vgl. Han. P.O. § 247; Bad. § 518; D. E. § 315; Preuß. E. § 832.

18) Wetzell Not. 36 ffl.

19) Widrigenfalls das Protokoll beweisuntüchtig wurde (!); c. 5 X. cit. 2, 6; Wetzell Not. 35.

das im Prozeß und zweiseitig aufgenommene Protokoll der beliebigen Benutzung[20]).

D. Die Wirkung ist, daß eine Urkunde geschaffen wird, die, wenn den legalen Formen der Zeugenvernehmung und Protokollirung genügt ist, nach der legalen Beweistheorie vollkommen beweisfähig erscheint. Freilich, wenn das Verfahren einseitig war, vorbehaltlich der Gegenerklärung und Anfechtung der andern Partei. Die Urkunde gilt nach der Theorie als eine gemeinsame, die also auch der Gegner benutzen kann[21]). Daß dieselbe unbenutzt gelassen und demnächst anderer Beweis zur Hand genommen werden kann, versteht sich von selbst. Ein innerer Grund, die Zeugen nochmals im Beweisabschnitt zu verhören, wenn sie noch leben und zu haben sind, existirt für den schriftlichen Prozeß sicher nicht[22]); es sei denn, daß das beantragt oder zur Ergänzung der Aussagen erforderlich wird. Die Kosten trägt vorläufig der Antragsteller. Später können sie mit den andern Prozeßkosten zum Ersatz gelangen[23]).

II. Ganz ebenso kann auch Sachverständigenbeweis zu ewigem Gedächtniß aufgenommen werden[24]).

III. Desgleichen Augenschein über Dinge, welche zu verschwinden drohen[25]).

IV. Selbst bei Urkunden ist es denkbar, daß sie unterzugehen drohen, und es erscheint an sich durchaus unbedenklich, ein Verfahren einzuleiten, durch welches die äußere und innere Beschaffenheit derselben möglichst genau protokollorisch konstatirt wird[26]).

---

20) Vgl. dag. Langenbeck S. 922.

21) Doch wohl nur vorausgesetzt, daß zweiseitig verfahren wurde.

22) Anders im mündl. Verfahren, wo Urkunde und lebendiges Zeugniß zweierlei ist. Vgl. Endemann, Beweislehre S. 227. Man hat dies früher nur deshalb behauptet, weil doch eigentlich nur das post lit. cont., an ordentlicher Stelle vorgenommene Verhör ein streng legales Zeugniß zu schaffen schien.

23) Han. P.O. § 248; D. E. § 321; Preuß. E. § 1353.

24) S. Renaud Not. 6; Langenbeck S. 913; wenn auch dazu seltener Veranlassung, weil die Gefahr, Sachverständige zu verlieren, eine ganz andere ist, als bei Zeugen.

25) Die jurist. Bedenken Langenbeck's S. 915 ffl. überzeugen schwerlich von der Unmöglichkeit. Renaud Not. 5.

26) Im Kan. R. diente dazu die exemplificatio vor dem Notar;

Was an Beweis aus einem solchen Protokoll folgt, ist dann eine weitere Frage[27]).

V. Bei dem Eid hingegen gestattet die herrschende Lehre eine präliminarische Eidesabnahme selbst bei Gefahr demnächstiger Unmöglichkeit nicht[28]).

§ 162.

III. Aeußere Eintheilung in Abschnitte.

Wetzell in § 70; Renaud § 194.

Aeußerlich zerfällt der Prozeß aus Gründen, die sich zum Theil aus dem bereits Dargestellten ergeben, theils noch im Folgenden zu entwickeln sind, in verschiedene Abschnitte[1]), die um so nothwendiger hervortreten und in der Theorie zu scheiden sind, je ausgedehnter und verwickelter der Prozeßinhalt. Von dem Ende des Prozesses anfangend unterscheidet man:

I. Das Exekutionsverfahren, welches, die Realisirung einer vollstreckbaren Sentenz, insonderheit des Endsbescheides, bezweckend, jetzt als Theil des anhängigen Prozesses erscheint (§ 254).

II. Die Rechtsmittelverfahren, welche durch Ergreifung eines Rechtsmittels gegen die damit anfechtbare Sentenz veranlaßt und nach der gemeinrechtlich bestehenden Anfechtbarkeit nicht blos an den Endsbescheid, sondern auch an Zwischenbescheide sich anschließen kann (§ 140).

III. Das erstinstanzliche Verfahren[2]) umfaßt nach Aus-

---

c. 16 X. de fide instr. 2, 22; Endemann, Beweislehre § 78; Wetzell § 24 Not. 98 b. Langenbeck S. 911 hat auch hier Bedenken, weil, was gar nicht absolute Vorbedingung ist, der Gegner nicht sub poena geladen werden könne; desgl. Renaud Not. 9; und dem entsprechend Bad. P.O. § 516. 520; D. E. § 311 u. a. — Ueber Feststellung der Echtheit in diesem Wege s. Bair. E. Art. 631 ffl.

27) Natürlich macht die Aufnahme zu ewigem Gedächtniß nicht aus einer Privaturkunde eine öffentliche; so wenig, wie sie aus schlechten Zeugen gute macht.

28) Renaud Not. 8.

1) Zum Theil „Instanzen" genannt. In der älteren Lehre ist instantia das Verfahren von der lit. contestatio bis zur Sentenz. — Marant. V nr. 1.

2) Nur für dieses besteht der Gegensatz von summarischem und ordent-

scheidung der unter I und II bezeichneten Abschnitte, im ordentlichen Prozeß, zwei Unterabschnitte:

A. Das Beweisverfahren, welches die Bewahrheitung sämmtlicher unter den Parteien streitigen Thatsachen zufolge der in § 157 dargestellten Grundsätze zur Aufgabe hat (§ 178 ffl.), und

B. das vorbereitende Verfahren, zu dem Zwecke bestimmt, dem Gericht die Gesammtübersicht des streitigen Rechtsverhältnisses zu liefern (§ 163 ffl.).

Diese Abschnitte bedingen die Ordnung, welche im Folgenden einzuhalten ist.

Der einfache und stetige Verlauf, der sich hiernach ergibt, kann freilich mannigfach unterbrochen werden durch Ereignisse und Anträge, welche ein sog. Inzidentverfahren hervorrufen, das sich in den Prozeßgang an dieser oder jener Stelle, mit oder ohne Effekt der Sistirung einschiebt.

---

lichem Verfahren (cf Scacc. de jud. I c. 3 nr. 9; Brunnemann tr. jur. p. 8). Denn das Appellations- oder Rechtsmittelverfahren ist für beide gleichartig. Mithin würde sich streng genommen eine andere Systematik ergeben, wenn nicht Zweckmäßigkeit zu sehr dafür spräche, das summarische Verfahren einem besonderen Abschnitt zu überweisen.